

**ÉRICA DE OLIVEIRA HARTMANN**

**A PARCIALIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL DA  
MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES**

Dissertação apresentada pela mestrandia  
Érica de Oliveira Hartmann ao Programa de  
Pós-graduação em Direito, da Universidade  
Federal do Paraná, sob a orientação do Prof.  
Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho,  
como requisito parcial à obtenção do grau de  
Mestre em Direito das Relações Sociais.

**CURITIBA**

**2005**

**A parcialidade do controle jurisdicional da motivação das decisões**

por

**ÉRICA DE OLIVEIRA HARTMANN**

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito das Relações Sociais, no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela comissão formada pelos professores:

Orientador: Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

Membro: Prof. Dr. Fauzi Hassan Choukr

Membro: Prof. Dr. Alexandre Morais da Rosa

## AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha mãe e meus irmãos por tudo o que sempre fizeram por mim, durante todos esses anos, e que certamente contribuíram muito para mais essa conquista. Agradeço a todos os meus queridos amigos, especialmente à Ângela, ao Marcelo, à Luciana e ao Daniel, que tiveram a paciência de sempre entender que não podia sair nos finais de semana porque tinha que estudar. Agradeço à D.Erna e à Clara, pelo imenso carinho e acolhida em sua família. Agradeço à Rose, pelos almoços nas quartas-feiras e tantos outros dias. Agradeço aos meus amigos das Faculdades do Brasil, que em discussões nos intervalos de aulas tanto me ensinaram, especialmente sobre áreas do Direito a mim antes praticamente estranhas (e, por exemplo, fizeram-me ver que o Direito Civil tem seu lado bom, como tantas vezes tentou me mostrar meu amigo Eros Belin de Moura) e que certamente só fizeram enriquecer o meu trabalho. Agradeço aos meus bravos amigos corretores do Exame de Ordem do Paraná, por todos os ensinamentos e momentos de companheirismo e amizade compartilhados. Agradeço a todos os meus alunos, que me presentearam com homenagens certamente não merecidas e em especial ao Eduardo Righi, que após tantas discussões me presenteou com um texto de seu pai, Prof. Ivan Righi, que tanto me valeu para a pesquisa e como lição de vida. Agradeço muito ao meu mestre e amigo Luiz Eduardo Trigo Roncaglio, por todos os ensinamentos a mim dispensados e por todos os elogios não merecidos que sempre recebi. Ao meu orientador e amigo, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, agradeço pela influência decisiva na minha escolha pela área criminal, por todas as oportunidades proporcionadas e por toda a confiança que sempre depositou em mim.

Ao Guilherme agradeço por ter adentrado em minha vida e me incentivado, em todos os sentidos, para chegar até aqui. Agradeço também por ser, ao mesmo tempo, o grande amor da minha vida...

*“Uno dei più gravi pericoli che corre l’individuo è la dimenticanza. La memoria, a chi ci riflette, è necessaria all’individuo per essere sè stesso. Essere individuo vuol dire non essere più tale se uno si divide. Essere sè stesso vuol dire essere tutto sè stesso; se qualcosa si toglie, il sè stesso svanisce. Io non sono più io si sottrae qualcosa della mia vita”.*

**(Francesco Cernelutti,**  
*Responsabilità e giudizio. Rivista di*  
*Diritto Processuale. Padova: Cedam,*  
*a. XIII, n. 1, gennaio-marzo 1958, p.*  
*06)*

## SUMÁRIO

|                                                                                                                                                                                                        |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Introdução – <i>Quis custodiat ipsos custodes?</i> .....                                                                                                                                               | 01  |
| Parte I – O controle jurisdicional das decisões judiciais.....                                                                                                                                         | 07  |
| 1.1. Considerações iniciais.....                                                                                                                                                                       | 07  |
| 1.2. Os sistemas de controle vigentes em alguns países do <i>civil law</i> .....                                                                                                                       | 10  |
| 1.3. A realidade brasileira.....                                                                                                                                                                       | 48  |
| 1.4. Observações finais sobre os sistemas analisados e a importância da<br>motivação das decisões como condição de procedibilidade do sistema de<br>controle da atividade jurisdicional existente..... | 65  |
| Parte II – A motivação das decisões.....                                                                                                                                                               | 68  |
| 2.1. A evolução do dever de motivar.....                                                                                                                                                               | 68  |
| 2.2. A estrutura da motivação.....                                                                                                                                                                     | 75  |
| 2.3. As finalidades da motivação das decisões e a finalidade do processo<br>penal.....                                                                                                                 | 109 |
| Parte III – Alguns aspectos sobre a parcialidade do controle jurisdicional da<br>motivação das decisões.....                                                                                           | 128 |
| 3.1. Os limites estabelecidos pelo livre convencimento motivado.....                                                                                                                                   | 128 |
| 3.2. Os limites estabelecidos pela neutralidade judicial.....                                                                                                                                          | 143 |
| 3.3. Os limites estabelecidos pela formação dos magistrados e pela postura<br>dos Tribunais.....                                                                                                       | 152 |
| Conclusão.....                                                                                                                                                                                         | 164 |

## RESUMO

A pesquisa tem como objetivo analisar de que forma é realizado o controle jurisdicional da motivação das decisões judiciais. Para isso, o que se faz é, em primeiro lugar, um estudo de direito comparado entre quatro países: França, Itália, Argentina e Brasil, abrangendo suas diferentes organizações judiciárias, órgãos jurisdicionais e desenvolvimento da atividade jurisdicional no âmbito processual penal, de onde se conclui que o controle se dá, sobretudo, pela substituição das decisões dos órgãos inferiores por aquelas dos órgãos superiores. Em um segundo momento, procura-se demonstrar a importância que assume, nesse contexto, a motivação das decisões, vez que verdadeira condição de procedibilidade desse controle existente, ressaltando-se a sua estrutura, seu conteúdo e as suas finalidades; em suma, a sua condição de garantia constitucional prevista no art. 93, IX, da CR. Depois, parte-se para a análise de alguns aspectos que vêm demonstrar o quão parcial é o controle das motivações das decisões, seja pela liberdade dada ao magistrado pelo livre convencimento motivado, seja pela inexistência de neutralidade judicial, seja, enfim, pela formação deficiente dos magistrados. Não há outra saída, portanto, senão acreditar e investir nos juízes, para que sejam responsáveis e exerçam com firmeza o seu papel de guardiões da democracia.

## RESUMÉ

La recherche a comme objectif analyser la manière de réalisation du contrôle juridictionnel des motivations des décisions de justice. Pour que cela soit possible, on fait, d'abord, une étude à partir du droit comparé parmi quatre pays: France, Italie, Argentine et Brésil, en soulignant leurs différentes organisations judiciaires, organes juridictionnels et développement de l'activité juridictionnelle dans la juridiction répressive, d'où on peut conclure que ce contrôle-là se réalise par le remplacement de décisions des organes inférieurs par lesquelles des organes supérieurs. Ensuite, on démontre l'importance assumée, dans ce contexte, par la motivation des décisions, comme vraie condition de procédibilité de ce contrôle, en mettant en évidence leur structure, leur contenu et leurs finalités; en somme, leur condition de garantie constitutionnelle inscrite dans l'article 93, IX, de la Constitution de la République. Puis, on analyse quelques aspects qui démontrent l'évidente partialité du contrôle de la motivation des décisions, soit à cause de la liberté donnée au magistrat par l'intime conviction motivée, soit à cause de l'absence de la neutralité du juge, soit, enfin, à cause de la formation déficiente des magistrats. Il n'y a pas d'autre sortie que créer et investir dans les juges, pour qu'ils soient responsables et exercent fermement leur rôle de gardiens de la démocratie.

## RIASSUNTO

La ricerca ha come finalità analizzare di che modo è realizzato il controllo giurisdizionale de la motivazione delle decisioni dei giudici. Affinché questo sia possibile, prima si fa un studio di diritto comparato tra quattro paesi: Francia, Italia, Argentina e Brasile, risaltando le loro distinti organizzazioni giudiziarie, organi giurisdizionali e modo di realizzazione de la giurisdizione nell'ambito criminale, dove si può concludere che il controllo si fa per la sostituzione dei decisioni dei organi inferiori per quelli dei organi superiori. Dopo, si dimostra il peso assunto, in questo contesto, per la motivazione delle decisioni, come condizione di procedibilità di questo controllo, staccando la sua struttura, il suo contenuto e i suoi finalità; in somma, la sua condizione di garanzia costituzionale iscritta nell'articolo 93, IX, della Costituzione della República. Poi si fa l'analisi di qualche aspetti chi dimostrano la patente parzialità del controllo de la motivazione delle decisioni, sia per la libertà offerta ai magistrati dal libero convincimento motivato, sia per l'inesistenza della neutralità del giudice, sia, infine, per la formazione deficiente dei magistrati. Non c'è altra alternativa ma credere e investire nei giudici, perché siano responsabili e eserciscano i suoi ruolo di guardiani della democrazia.



## INTRODUÇÃO – *Quis custodiat ipsos custodes?*

Juvenal, poeta romano nascido por volta de 45 a.C., ao escrever a sua VI Sátira (de um total de dezesseis) dedica-se ao tema das mulheres, e o faz de uma maneira bastante agressiva e machista, com uma dose, porém, de amargura, de ressentimento talvez. Como se estivesse em um diálogo com amigos, indaga-os sobre o fato de ainda não terem encontrado uma esposa e, para os desencorajar, procura deixar bastante claro, ao longo do texto, o quanto as mulheres de Roma não tinham nenhum valor, vez que nunca respeitavam os seus maridos, gostavam apenas de seu dinheiro e presentes e muitas vezes até chegavam a maltratar seus próprios filhos.

Segundo Juvenal, as mulheres, de uma maneira geral, eram maldosas e lascivas: fugiam de suas casas, deixando sua família, para irem atrás dos circos; esperavam seus maridos dormirem, iam a bordéis, lá passavam a noite toda (como prostitutas) e quando tudo acabava, já de manhã, iam tristes para suas casas; casavam-se várias vezes com homens distintos (coleccionavam maridos); só paravam de os incomodar quando ganhavam presentes; eram criminosas, chegando até mesmo a dar fim em seus próprios filhos ou maridos para poderem seguir a vida da forma como queriam, etc. Mesmo as mulheres que possuíam qualidades as utilizavam para destruir seus maridos: a esnobe esnobava o marido, a bela o explorava, a rica o traía e assim por diante. E a questão que se põe no texto é: como evitar tudo isso? Como fazer para que as esposas fossem mulheres virtuosas? A saída pensada foi a de mantê-las presas dentro de suas casas, sob vigilância de terceiros. Mas diante da natureza da mulher, questionou-se: “Quem vigiará os vigias?”, ou seja, era preciso que alguém vigiasse os vigias a fim de que nada saísse de errado. E conclui Juvenal que isso tampouco daria certo, pois aquela que fosse uma mulher organizada e prevenida se ocuparia, em primeiro lugar, em conseguir, sob qualquer preço, a lealdade de seu vigia<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> JUVÉNAL. **Satires**. (texte établi par Pierre de Labriolle et François Villeneuve emendé, presente et traduit par Olivier Sers – bilingüe) Paris: Les Belles Lettres, 2002. A passagem mais conhecida dessa sexta sátira é justamente acerca dos vigias: “*Noui consilia et ueteres*

Esse conhecido questionamento feito por Juvenal, embora realizado num âmbito privado (relacionamento entre marido e mulher) já fora anteriormente feito por Platão, na República, desde um olhar público, ao dissertar sobre a educação dos jovens. Em determinada passagem, quando está a falar dos guardiões das cidades, ressalta o papel desempenhado pelos exercícios físicos em sua preparação, dizendo, dentre outras coisas, que os guardiões não poderiam fazer coisas erradas, por exemplo, não poderiam jamais se embriagarem porque jamais poderiam estar embriagados e ficar impossibilitados de cumprirem seu dever de guarda e, para tal, afirma Platão que, afinal, “seria ridículo que um guardião precisasse ser guardado por outra pessoa”<sup>2</sup>.

Embora antigo, esse questionamento sempre vem à tona nas mais diversas áreas da vida e, em que pese partirem de pontos de vista distintos, a idéia central acaba sendo a mesma, qual seja, a de que vigias não precisam ser vigiados. Com efeito, aqui se torna necessário distinguir as duas formas de vigias utilizadas nos dois textos: os que têm por objetivo proteger, conduzir bem os vigiados (no caso de Platão) e os que vêm na vigilância apenas e unicamente uma forma de controle dos demais (na hipótese narrada por Juvenal).

Neste último sentido, a sociedade atual, por excelência, está repleta de vigias nas mais diferentes áreas da vida; todas as ações humanas precisam ser controladas, sob pena, alegam, de um colapso. Por isso é preciso ter conta em bancos, ser identificado ao entrar em um edifício comercial, possuir vários documentos, adquirir o seu cartão de transporte, sorrir ao ser filmado por câmeras nas ruas, lojas, elevadores, enfim. É a disciplina instituída para tornar os corpos

---

*quaecumque monetis amici: «Pone seram, cohibe.» Sed quis custodiat ipsos custodes, qui nunc lasciviae furta puellae hac mercede silent? Crimen commune tacetur: prospicit hoc prudens et ab illis incipit uxor», p. 108. “J’entends vos sages conseils, mes vieux mis: «Mets le verrou! Enferme-la!» Mais qui gardera les gardiens? Pour acheter leur silence sur leurs coucheries, elles les y invitent: on ne dénonce pas un crime quand on y a trempé. Une femme organisée et prévoyante s’occupe d’abord de ça”, p. 109. “Eu compreendo os seus sábios conselhos, meus velhos amigos: “Aprisione-a, tranque-a” Mas quem vigiará os vigias? Para comprar seu silêncio, elas os compram: nós não denunciaremos um crime quando somos cúmplices dele. Uma mulher organizada e precavida se ocupa primeiramente disso” (tradução da autora).*

dóceis e, assim, mais fáceis de serem controlados, de que falava MICHEL FOUCAULT<sup>3</sup>.

Desde o aspecto jurídico-legal, as relações humanas mais diversas são previstas cada vez mais em leis, num curioso desenvolver das legislações: no início, na época das grandes codificações, acreditava-se (ou se dizia acreditar) em um sistema de direito perfeito, completo e coerente, no qual todas as situações da vida estariam previstas e por isso todos os conflitos que eventualmente surgissem no meio social seriam facilmente solucionados<sup>4</sup>; conforme a vida em sociedade foi-se tornando mais complexa, especialmente pelos desenvolvimentos tecnológicos, foram-se criando estatutos específicos para determinados assuntos (por exemplo, o Código Florestal – n. 4.771/65, a Lei do Divórcio – n. 6515/77, o Estatuto da Criança e do Adolescente – n. 8.069/90, o Código de Defesa do Consumidor – n. 8.078/90, o Estatuto da Cidade – n. 10.257/01, sem falar nos infinitos novos tipos penais criados por leis extravagantes, dentre outros); atualmente, nota-se o movimento inverso, isto é, o jurista, ciente da impossibilidade de dar conta de todas as situações da vida em relação, apela para “cláusulas gerais”<sup>5</sup>, parecendo acreditar mais no aplicador do Direito do que outrora (ou talvez assim agindo só porque a experiência anterior não deu certo). De qualquer maneira, é preciso ressaltar que essa vigilância excessiva tem por fim o controle, a normalização da sociedade.

Há, porém, como ressaltado, a outra espécie de vigilância: aquela que significa, sobretudo, proteção. Neste caso, portanto, os vigias seriam aqueles responsáveis pelo bem-estar dos seus vigiados, o que implicaria certo controle sobre eles, é verdade, mas, acima de tudo, proteção. Aqueles escolhidos para vigiar o são porque, de alguma forma, têm condições de cuidar dos demais,

---

<sup>2</sup> PLATON. **Oeuvres Completes**. Tome VI. La Republique, Livres I-III. Trad. Emile Chambry. Paris: Les Belles Lettres, 1947, p. 119. “ $\exists \gamma \delta \equiv \rho \equiv < (\zeta \Delta \propto * \zeta \angle H, \vartheta \bar{<} (\gamma \vee \beta \delta \vee \delta \vee \vee \beta \delta \vee \delta \equiv H * \gamma \rho \Phi 2 \vee 4$ ” [trad. br. Guilherme Roman Borges].

<sup>3</sup> Para maiores detalhes sobre o tema ver, por todos: FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Trad. Raquel Ramallete. 11.ed. Petrópolis: Vozes, 1994.

<sup>4</sup> Por todos, ver BOBBIO, Norberto. **Teoria generale del diritto**. Torino: G. Giappichelli, 1993, p. 159 e ss.

impedindo-os de realizar certos atos, de seguir determinados caminhos, em última análise, têm condições de proteger os que se encontram sob sua guarda. Esses vigias, justamente por possuírem comprovadamente tais qualidades, não teriam necessidade de serem vigiados para se verificar se estariam cumprindo devidamente seu mister.

E é neste sentido, então, *mutatis mutandis*, que se pode resgatar o questionamento feito por Platão e Juvenal acerca da vigilância sobre os vigias também para se analisar a atividade judicial. Atualmente, esta se tem tornado constante preocupação de todos, diante do fato de que praticamente todos os dias os noticiários trazem à lume escândalos envolvendo aqueles que deveriam vigiar os demais, especialmente as polícias judiciária e militar e o Poder Judiciário.

No que se refere a este último, muito se discutiu a respeito da necessidade de criação, desde um ponto de vista político, de um Controle Externo de suas atividades – aliás, assunto preferido dos políticos e magistrados nos últimos tempos (controle esse no sentido usado por Juvenal, ou seja, evidentemente normalizador). Apresentados diversos argumentos a favor e outros tantos contrários, fato é que as discussões terminaram, ao menos por ora, com a edição da Emenda Constitucional n. 45, em 08 de dezembro de 2004, em que se criou o Conselho Nacional de Justiça (art. 92, I-A, CR), um novo órgão do Poder Judiciário com competência para controlar a atuação administrativa e financeira desse Poder e o cumprimento dos deveres funcionais dos juízes (art. 103-B, § 4º, CR) e, desde um viés jurídico, previu-se a possibilidade da edição, pelo Supremo Tribunal Federal, de súmulas vinculantes, que vão determinar como devem os juízes e membros da administração direta e indireta decidir em determinados casos (art. 103-A, CR). Afora estas duas novidades em termos de controle da atividade judicial, outra já antiga é exercida há muito tempo: o sistema recursal (ponto de vista jurídico). A par de outras funções que exerce, a possível análise das decisões impugnadas em sede recursal – que poderão ser modificadas se

---

<sup>5</sup> Sobre as cláusulas gerais, por todos ver: MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

assim entender o juízo *ad quem* – funciona como condicionante da atividade do juiz, de regra o de primeiro grau.

Note-se que todo esse sistema de controle hoje existente só é possível de se efetivar através da análise dos atos judiciais e, portanto, sobretudo através das justificações às suas decisões elaboradas pelos magistrados. Em outras palavras, não há como investigar sobre o controle da atividade dos juízes sem discutir, preliminarmente, questões sobre o discurso justificativo de suas decisões. É preciso, no entanto, que reste claro o que se quer dizer com justificação das decisões e desde que ponto tal atividade será analisada no presente trabalho.

O foco de análise, portanto, é a motivação das decisões, este momento semântico secundário; e não as decisões propriamente ditas, porque o controle dos atos jurisdicionais, objeto central desta investigação, incide sobre aquele momento. Certamente, uma série de abordagens poderiam ser feitas em torno do fenômeno da decisão, cada qual com o perfil metodológico que lhe pertence. A escolha de um determinado modo de olhar o seu objeto faz o pesquisador escolher também – conscientemente – qual o discurso competente para apreciá-lo, indagá-lo.

Seria admissível e interessante analisar o fenômeno da justificação das decisões, por exemplo, a partir da sociologia e, assim, buscar encontrar a efetividade, ou ao menos os efeitos que essa dada decisão poderia gerar dentro da estrutura social, como o fortalecimento dos laços sociais, a ruptura dos modelos de legitimidade, a construção de sujeitos sociais, a redistribuição dos encargos sociais ou mesmo o balanço da história da sociedade.

Noutro compasso, igualmente instigante seria investigar a justificação das decisões a partir de uma perspectiva histórica, perquirindo sobre o fenômeno tanto numa historiografia das decisões no direito brasileiro e comparado, quanto numa vinculação de sua existência, seus limites, ao modelo político-econômico adotado pelo Estado brasileiro, ou seja, necessário seria percorrer os indissociáveis laços entre os regimes ditatoriais e a tenacidade da justificação das

decisões nesses períodos ou entre os regimes democráticos (ou pretensamente democráticos) e a efetividade da garantia constitucional.

De igual modo, uma leitura psicanalítica sobre a consecução e justificação das decisões judiciais poderia ser empreendida, investigando-se acerca do inconsciente do magistrado, todos os seus recalques, todas as suas transferências, todas as suas frustrações, todas as suas experiências traumáticas desde a vida intra-uterina, seu poder constitutivo e motivador de suas escolhas e de suas ações materiais. Talvez procurar encontrar na repressão paterna a razão de uma motivação angustiante e excessiva, ou na ausência da introjeção de sua autoridade a sua relação com a motivação escassa e desvairada, o que seria prudente e capaz de elucidar um vasto campo de justificativas e causas possíveis para, por exemplo, entender-se por que o juiz, abusado na infância, tem a tendência em reprimir severamente o acusado de um delito semelhante ao por ele sofrido.

Entretanto, o campo de análise que doravante se abre, por razões de segurança metodológica e não porque se despreza todas as demais formas de analisar o mesmo fenômeno, algumas acima ressaltadas, é traçado a partir da filosofia do direito, de um caminhar filosófico, que se preocupa com a existência de seu objeto de investigação, procurando reconhecer os limites e as possibilidades de verificação de seus resultados. Uma filosofia jurídica porque voltada para o conteúdo normativo, mas antes de tudo filosofia, preocupada com o “justificar”, suas possibilidades diante do ordenamento jurídico e a validade ou não de se pensar em formas de controlar essa justificação e, a partir disso, questionar qual o papel do juiz no processo e as crises por ele enfrentadas atualmente, a mais grave talvez a de constante limitação de sua liberdade de atuação.

## **PARTE I – O CONTROLE JURISDICCIONAL DAS DECISÕES JUDICIAIS**

### **1.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

Nos Estados contemporâneos, toda atividade judicial deve vir seguida da devida justificação, para que possa se legitimar e perdurar no sistema jurídico. Isso porque, em verdade, é sobretudo através da justificação ou de sua falta ou insuficiência que é possível tecer algum juízo sobre a atividade jurisdiccional, pois através do discurso justificativo da decisão tomada é possível a todos, em tese, verificar se agiu corretamente ou não determinado juiz acertando um caso penal. Antes, porém, parece necessário investigar de que forma o controle da atividade judicial – jurisdiccional –, é realizado não só no Brasil mas também em outros três países que são tradicionais referências quando de um estudo de direito comparado.

É bem verdade que o controle da atividade jurisdiccional não é apenas jurisdiccional, mas sobretudo político-administrativo. Significa dizer que existe, de regra, o órgão administrativo do próprio Poder Judiciário que cuida – ou deveria cuidar – do bom exercício da função judicante no Brasil, representado pelas Corregedorias de Justiça, e existe também o controle político da atividade dos juízes, formal e informal. Este é o “controle” exercido – ou pelo menos buscado, forçado – pelos políticos em geral sobre os magistrados, mediante, por exemplo, promessa de recompensa ou troca de favores (em verdade, vários são os casos revoltantes de corrupção envolvendo o Judiciário, inclusive os membros dos Tribunais). A este tipo de “controle” se submete quem, em verdade, não merecia fazer parte do Poder Judiciário ou de qualquer posição que fizesse ter poder sobre a vida de pessoas. Por outro lado, há o controle político formal, legal, que tem por fundamento – ao menos expresso – o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), no sentido de, sem adentrar a autonomia do

Poder Judiciário, realizar uma fiscalização externa de suas atividades, para o bom desenvolvimento do Estado Democrático de Direito.

Este é o controle inserido no sistema jurídico brasileiro através da Emenda Constitucional n. 45, de 08 de dezembro de 2004, a ser realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (art. 92, I-A, CR), composto por quinze membros, dentre magistrados, membros do Ministério Público, advogados e cidadãos<sup>6</sup>, cujas funções são de controlar a atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e o cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem concedidas pelo Estatuto da Magistratura: “I zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; II zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União; II receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do

---

<sup>6</sup> Constituição da República, art. 103-B. “O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de quinze membros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e seis anos de idade, com mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo: I um Ministro do Supremo Tribunal Federal, indicado pelo respectivo tribunal; II um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal; III um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal; IV um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; V um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; VI um juiz de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; VII um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; VIII um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; IX um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; X um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República; XI um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual; XII dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; XIII dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal. § 1º O Conselho será presidido pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, que votará em caso de empate, ficando excluído da distribuição de processos naquele tribunal. § 2º Os membros do Conselho serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal. § 3º Não efetuadas, no prazo legal, as indicações previstas neste artigo, caberá a escolha ao Supremo Tribunal Federal”.



Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa; IV representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade; V rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano; VI elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário; VII elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa” (art. 103-B, § 4º, CR).

A par de todas as discussões sobre o tema, agora a questão do controle externo do Poder Judiciário (em que pese o conselho ser um órgão do próprio judiciário) resta pacificada, ao menos do ponto de vista de sua legalidade, diante do julgamento da ADIN n. 3367, ajuizada pela Associação dos Magistrados do Brasil, na qual por maioria de votos o Supremo Tribunal Federal julgou totalmente improcedente o pedido, considerando constitucional, portanto, o Conselho de Justiça, sua composição e suas atribuições<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> “Ementa: O Tribunal, por unanimidade, afastou o vício formal de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 45/2004, como também não conheceu da ação quanto ao § 8º do artigo 125. No mérito, o Tribunal, por maioria, julgou totalmente improcedente a ação, vencidos o Senhor Ministro Marco Aurélio, que a julgava integralmente procedente; a Senhora Ministra Ellen Gracie e o Senhor Ministro Carlos Velloso, que julgavam parcialmente procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade dos incisos X, XI, XII e XIII do artigo 103-B, acrescentado pela emenda constitucional; e o Ministro Sepúlveda Pertence, que a julgava procedente, em menor extensão, dando pela inconstitucionalidade somente do inciso

## 1.2. OS SISTEMAS DE CONTROLE VIGENTES EM ALGUNS PAÍSES DO *CIVIL LAW*

### 1.2.1. FRANÇA

Além do Brasil, faz-se mister, no direito comparado, analisar a situação de três países: França, Itália e Argentina, todos de *civil law*, porque permitem uma melhor abrangência do tema proposto. Isso não significa que é perfeitamente possível uma comparação efetiva do sistema processual penal francês e o brasileiro, por exemplo, mas evidentemente a escolha dos países de sistema continental pode fornecer melhores parâmetros para a análise da atividade jurisdicional.

A França é o berço do Controle de Cassação, que tem como um de seus objetivos, como se verá, justamente a anulação de decisões não devidamente fundamentadas ou contrárias ao direito objetivo estabelecido. No entanto, é preciso, antes de falar do papel exercido pelos recursos no controle das decisões, que se faça uma rápida incursão no sistema processual penal francês, para que se possa entender – ou tentar entender – a racionalidade dentro da qual operam. Trata-se de uma racionalidade ainda deveras apegada ao formalismo e que, em muitos momentos, impede que os operadores do direito enxerguem a realidade como ela realmente é e realizem grandes projetos a fim de que ela, um dia, consiga chegar mais perto do que deveria ser.

A jurisdição penal<sup>8</sup> é também chamada de jurisdição repressiva e tem como objeto a solução dos casos penais e, se necessário, aplicação das

---

XIII do caput do artigo 103-B. Votou o Presidente, Ministro Nelson Jobim. Falaram, pela requerente, o Dr. Alberto Pavie Ribeiro, pela Advocacia-Geral da União, o Dr. Álvaro Augusto Ribeiro Costa e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Cláudio Lemos Fonteles, Procurador-Geral da República. (Adin n. 3367, Relator Min. Cezar Peluso, julgada em 13 de abril de 2004)”.

<sup>8</sup> Fontes: STEFANI, Gaston; LEVASSEUR, Georges; BOULOC, Bernard. **Procédure pénale**. 14<sup>ème</sup> éd. Paris: Dalloz, 1990; MERLE, Roger; VITU, André. **Traité de droit criminel – procédure pénale**. 4<sup>ème</sup> éd. Tome II. Paris: Cujas, s.d. e atualizações captadas dos sites [www.justice.gouv.br](http://www.justice.gouv.fr) e <http://ledroitcriminel.free.fr>, acesso em 20/02/05, às 8h.

respectivas sanções. Ela é desenvolvida em dois momentos: a jurisdição de instrução e a jurisdição de julgamento. A jurisdição de instrução nem sempre é utilizada: depende da espécie de infração penal cometida (ou em tese cometida). Isso porque, na França, as infrações penais são divididas em três espécies: contravenção, delito e crime<sup>9</sup>. Diante de tal separação, distinta é a organização da justiça penal francesa para a jurisdição de instrução e de julgamento. A jurisdição de instrução é organizada, em primeiro grau, por um juiz de instrução (*juge d'instruction*) e, em segundo grau, pela Câmara de Instrução (*Chambre de l'Instruction*). A jurisdição de julgamento, por sua vez, é organizada, em primeiro grau, em Tribunal de Polícia (*Tribunal de Police*), competente para o julgamento das contravenções, Tribunal Correcional (*Tribunal Correctionnel*), competente para o julgamento dos delitos, e Escabinado (*Cour d'assises*), competente para o julgamento dos crimes. Em segundo grau estão as Cortes de Apelação (*Cours d'appel*) e, acima delas (mas não configurando um terceiro grau de jurisdição) está a Corte de Cassação (*Cour de Cassation*)<sup>10</sup>.

De qualquer maneira, para que haja atividade jurisdicional, é preciso que haja a provocação por parte do Ministério Público. A jurisdição penal também ser provocada pelo ofendido, denominado parte civil, que pode ajuizar, perante ela, a ação civil para reparação dos danos provocados pelo ato criminoso – a

---

<sup>9</sup> **Contravenção** é toda infração penal que é apenada com multa (no mínimo 38 euros para as contravenções de primeira classe; no mínimo 150 euros para as contravenções de segunda classe; no mínimo 450 euros para as contravenções de terceira classe; o mínimo 750 euros para as contravenções de quarta classe e, no mínimo 1500 euros para as contravenções de quinta classe, valor esse que pode ser fixado em até 3000 em caso de reincidência para os casos previstos em lei). **Delito** é toda infração penal sancionada com as seguintes penas: 1) prisão de até dez anos; 2) multa; 3) dia-multa; 4) trabalhos de interesse geral (comunitários); 5) penas privativas ou restritivas de direito; 6) penas complementares previstas no art. 131-10 do Código Penal Francês. **Crime** é toda infração penal apenada: 1) com reclusão ou detenção perpétua; 2) com reclusão ou detenção de, no mínimo, trinta anos; 3) com reclusão ou detenção de, no mínimo, vinte anos e 4) com reclusão ou detenção de, no mínimo, quinze anos. Em verdade, essa classificação das infrações quanto à sua gravidade é bastante criticada inclusive pela doutrina francesa, devido ao alto grau de subjetividade na determinação da natureza da infração que vai, em seguida, determinar a competência do juízo justamente por essa natureza, como se verá adiante. Sobre tal crítica, ver, por exemplo, GARRAUD, René. **Compêndio de direito criminal**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Tomo I. Campinas: LZN Editora, 2003, p. 88 e ss.

<sup>10</sup> Tais órgãos serão trabalhados mais detalhadamente durante a exposição do sistema processual penal francês. Para visualização da organização judiciária francesa (penal), veja-se anexo n. 01.

instrução, portanto, é uma só e, ao final, o juiz penal decide sobre a infração penal e sobre a indenização.

Como adiantado, a jurisdição de instrução é exercida pelo juiz de instrução (1º grau), que é um juiz do tribunal civil de grande instância (*Tribunal de grande instance*<sup>11</sup>) – nomeado por decreto do Presidente da República, por indicação do Ministro da Justiça, após aprovação do Conselho Superior da Magistratura, pelo prazo de três anos – e pela Câmara de Instrução (2º grau), que é uma seção da Corte de Apelação<sup>12</sup>. O Presidente da Câmara de Instrução é quem determina qual juiz atuará no caso concreto.

A intervenção da jurisdição de instrução é obrigatória para os crimes e facultativa para os delitos (exceto para determinados delitos como, por exemplo, aqueles cometidos por menores de idade); nas contravenções, só haverá intervenção caso requisitada pelo Ministério Público e nas contravenções de 5ª classe cometidas por menores de idade<sup>13</sup>.

O início das atividades da jurisdição de instrução pode ser requerido pelo Ministério Público (*réquisitoire à fin d'informer*) ou pelo ofendido (*plainte avec constitution de partie civile*)<sup>14</sup>. Com o pedido, o juiz poderá ou não iniciar a instrução. Neste momento, verifica se é competente para o caso e se efetivamente se trata de hipótese passível de investigação. Se o juízo é positivo, determina que comece a instrução (*ordonnance de ouvrir une information*). É preciso esclarecer que a polícia judiciária, coordenada pelo Ministério Público (que faz parte do Poder Judiciário) também pode realizar investigações, que certamente serão levadas em consideração, mas não terão o condão de dispensar a jurisdição de instrução, quando obrigatória.

Durante essa primeira parte – de instrução – o que vai se procurar saber é se existem elementos suficientes capazes de levar o indivíduo apontado como

---

<sup>11</sup> Tribunal civil de direito comum, de primeiro grau, competente para julgar os litígios de valor superior a 7600 euros, por exemplo, divórcio, pátrio poder, sucessões, filiação, conflitos imobiliários, dentre outros.

<sup>12</sup> Art. 191, do Código de Processo Penal Francês.

<sup>13</sup> Art. 79, do Código de Processo Penal Francês.

<sup>14</sup> Art. 1º e 3º, do Código de Processo Penal Francês.

autor da infração penal a julgamento. Para isso, o juiz de instrução realiza vários atos probatórios – de ofício ou a requerimento do Ministério Público ou do ofendido. Se necessário, pode tomar medidas coercitivas (prisão, seqüestro de bens, etc.) e todas as decisões por ele tomadas devem ser motivadas e, de regra, são passíveis de impugnação para a Câmara de Instrução. Terminada a colheita de provas, ele decidirá se as provas carreadas aos autos são suficientes ou não para submeter o indiciado à jurisdição de julgamento. Se não forem suficientes, o juiz põe fim à instrução (o que eles chamam de pôr fim à ação pública), exarando uma *ordonnance de non-lieu*, isto é, atestando que não há motivos para levar o acusado a julgamento. Do contrário, se acha que há provas suficientes e que podem levar à condenação, exara uma *ordonnance de renvoi*, isto é, envia o caso para o tribunal competente para o seu julgamento – o que dependerá também da espécie de infração penal em tese praticada. De qualquer maneira, põe fim a essa primeira fase de instrução, de feição inquisitória, essencialmente escrita, secreta e, em princípio, não contraditória<sup>15</sup>.

Se os fatos investigados trouxerem indícios de uma contravenção, o caso deverá ser enviado ao Tribunal de Polícia (*Tribunal de Police*), se trouxerem indícios de um delito, o caso deve ser enviado ao Tribunal Correcional (*Tribunal Correctionnel*) e, finalmente, se houver indícios de crime, o caso é enviado para julgamento pelo Escabinado (*Cour d'assises*). Nesta última hipótese, porém, antes de ser enviado ao Escabinado, a decisão do juiz de instrução precisa ser confirmada pela Câmara de Instrução, mediante provocação do Ministério Público.

A Câmara de Instrução, como ressaltado, é o órgão de segundo grau da jurisdição de instrução e tem como função julgar as apelações interpostas de decisões do juiz de instrução e, em casos de crimes, reexaminar a decisão do juiz de instrução de mandar o acusado a julgamento, para, se confirmada, emitir a ordem de *mise en accusation*, isto é, de submissão do acusado a julgamento, além de velar, de maneira geral, pela regularidade da instrução preparatória.

---

<sup>15</sup> Art. 11, do Código de Processo Penal Francês.

O segundo momento de atuação do Estado se dá através do exercício da jurisdição de julgamento. Destina-se precipuamente à análise da questão de fundo do processo penal, mediante exame dos casos enviados pelo juiz de instrução (nas hipóteses de delitos e contravenções em que atue), pela Câmara de Acusação (nas hipóteses de crimes) ou diretamente pelo Ministério Público ou pelo ofendido (nas hipóteses dos procedimentos abreviados, destinado ao julgamento de infrações menos complexas).

A jurisdição de julgamento pode ser dividida em jurisdição de direito comum (destinada ao julgamento da maior parte das infrações) ou de exceção (destinada ao julgamento de determinados crimes ou de pessoas que exercem determinados cargos – particular situação do agente). A jurisdição de direito comum, que é a que interessa para efeitos de se ter uma noção do sistema francês, conta com os quatro já mencionados órgãos responsáveis pelo julgamento dos casos: o Tribunal de Polícia (*Tribunal de Police*), o Tribunal Correcional (*Tribunal Correctionnel*), o Escabinado (*Cour d'assises*) e a Corte de Apelação (*Cour d'appel*).

O Tribunal de Polícia é o competente para o julgamento das contravenções (exceto das contravenções de 5ª classe cometidas por menores de idade) e é composto de apenas um juiz (em princípio, um juiz do tribunal civil de instância – *Tribunal d'Instance*<sup>16</sup>). O Tribunal Correcional é competente para o julgamento dos delitos e é uma Câmara do Tribunal de Grande Instância (civil); de regra, é composto por três juízes. O Escabinado, por sua vez, é competente para o julgamento dos crimes e é composto por três juízes togados e nove jurados. Das decisões do Tribunal de Polícia e do Tribunal Correcional cabe recurso para a Corte de Apelação e das decisões do Escabinado cabe recurso para um novo Escabinado, que será composto, então, por três juízes togados e doze jurados (reforma introduzida pela Lei de 15 de junho de 2000). A Corte de Apelação tem competência para reexaminar os casos já julgados em primeira instância e, de regra, é composta por três magistrados.

Uma vez provocada, a jurisdição de julgamento deve decidir sobre os fatos (*saisie in rem*) e sobre as pessoas envolvidas com os fatos (*saisie in personam*), além de aplicar o direito ao caso concreto. Encaminhado o caso para o julgamento, diz-se que acusação foi formalizada<sup>17</sup> e é designada audiência (que podem se tornar audiências, se necessário) na qual algumas provas serão repetidas e onde terão lugares os debates entre acusação, defesa, ofendido e civilmente responsável (se houver). Essa audiência é de feição acusatória, regida pela publicidade, oralidade e contraditório.

Após o fim dos debates, o Tribunal deverá pronunciar sua decisão, que deve ser tomada sempre por deliberação entre os juízes – no Tribunal de Polícia, na verdade, por reflexão, vez que é composto por um só juiz; no Tribunal Correcional deve haver deliberação, bem assim no Escabinado. Vale ressaltar que, neste último caso, juízes togados (que são três) e juízes leigos (que são nove) votam os quesitos formulados pelo Juiz Presidente, baseados na decisão de *mise en accusation* exarada pela Câmara de Instrução.

As decisões devem ser devidamente motivadas, salvo as do Escabinado, vez que composta unicamente pelos “Sim” e “Não” respondidos secretamente<sup>18</sup> aos quesitos, e podem ser de absolvição simples (*acquittement*), absolvição por escusas absolutórias (*absolution*), condenação (na ação penal e na ação civil) e de rejeição do julgamento (*irrecevabilité*), quando se constata que tal tribunal foi equivocadamente provocado, pois não se trata de infração penal de sua competência.

Quanto à forma de controle, há, tradicionalmente, duas formas de impugnação das decisões: os recursos ordinários (exigem os requisitos genéricos) e os recursos extraordinários (exigem requisitos específicos). Dentre os recursos

---

<sup>16</sup> Tribunal civil de primeiro grau competente para julgar os litígios de valor inferior a 7600 euros, chamados de pequenos litígios civis cotidianos.

<sup>17</sup> Embora nem a legislação e tampouco a doutrina sejam claros sobre o tema, acredita-se que é neste momento, com a formalização da acusação perante o juízo competente, que a ação penal é exercida.

<sup>18</sup> Arts. 355 a 365 do CPP Francês.

ordinários encontram-se a *oposição* e a *apelação*. E os extraordinários são a *cassação* e a *revisão*.

O recurso de *oposição* é recurso ordinário, de retratação, cabível de decisões exaradas sem a presença do acusado que não fora devidamente cientificado do ato de julgamento ou se, mesmo tendo sido, não tenha comparecido por motivo justificado. Neste caso, o interessado pode requerer uma retratação desse julgamento exarado sem o acusado, para o próprio juiz prolator da decisão impugnada. O recurso serve apenas e tão-somente para a correção dessa irregularidade e prolação de nova decisão, já que não foi possível a participação do acusado nos debates o que, certamente, poderia influenciar a decisão final, isto é, serve especificamente para o saneamento desse vício. Na verdade, aqui, o meio de impugnação existe para tutelar o devido processo legal e não exatamente para controlar o conteúdo das decisões. A ausência do acusado no julgamento é questão preliminar a ser resolvida antes da discussão de fundo do caso penal.

O recurso de *apelação*, por sua vez, é também ordinário, porém pretende a reforma da decisão impugnada. É cabível contra as decisões finais do Tribunal de Polícia (apenas das contravenções de quarta e quinta classe), do Tribunal Correcional e do Escabinado e, em algumas hipóteses, de decisões incidentais. A competência para o julgamento das apelações é da Corte de Apelação, salvo nas hipóteses de impugnação de decisões do Escabinado, que será julgada por um segundo Escabinado, como já antecipado. A apelação pode ser interposta, de regra, por aquele que sucumbiu. Seu objetivo é conceder uma segunda chance para o que sucumbiu. Na verdade, através da apelação será feito um reexame completo do caso, podendo a decisão impugnada vir a ser modificada. Seu objeto da apelação é a discussão das questões de fundo do caso penal, na medida em que se der a inconformidade (*tantum devolutum quantum appellatum*). Há um juízo de admissibilidade e outro de mérito (se possível). A Corte de Apelação pode ter cinco espécies de manifestações: 1) deixar de conhecer do recurso porque intempestivo ou irregular; 2) conhecer do recurso e confirmar o julgamento



(quando o processo não contiver nenhuma irregularidade); 3) conhecer do recurso e reformar a decisão impugnada porque contém um julgamento equivocado do caso (e o processo não contiver nenhuma irregularidade); 4) se a corte constata que o fato foi indevidamente qualificado dentre as categorias de crime, delito e contravenção, deve-se declarar incompetente e remeter o processo ao Ministério Público para oferecer novamente a ação, se se tratar de um delito, perante o juízo competente, ou, mesmo sendo incompetente, julga o recurso nos casos de contravenções; 5) conhecer do recurso e julgar o caso mesmo nas hipóteses em que for constatada alguma nulidade do feito – aqui, não há nova remessa para o juiz de primeiro grau e, conscientemente, diante da permissão legal, em tese se viola o duplo grau de jurisdição, em prol de que o juiz de primeiro grau não seja obrigado a decidir de forma diferente do que decidiu na primeira vez. Tal ato da Corte é conhecido como *évocation* (evocação). Há também a apelação das decisões do Escabinado, que consiste, basicamente, na realização do segundo julgamento, mas por outro Escabinado. Na apelação, portanto, o que se tem é um controle pelo reexame do caso apenas, mediante uma nova avaliação dele, independente da primeira decisão exarada.

A *revisão* é um recurso extraordinário para análise de condenações já passadas em julgado<sup>19</sup> e que contêm, em tese, um erro de fato. As hipóteses de admissão desse recurso são bastante restritas e só dizem com decisões condenatórias (embora atualmente já se tenha nova interpretação sobre esse tema). São quatro as hipóteses de cabimento da revisão: 1) quando a pessoa que teria sido morta (homicídio) aparece viva; 2) quando duas pessoas são condenadas pela mesma infração penal e se sabe que o fato foi praticado por apenas uma pessoa; 3) quando uma testemunha do processo é condenada por falso testemunho; 4) quando surge prova nova – que não era do conhecimento do juiz – capaz de levar à inocência do acusado. Nas três primeiras hipóteses, são legitimados a fazer o pedido o Ministro da Justiça, o condenado, o representante legal (se o condenado é incapaz), e se o condenado for morto ou ausente, o

cônjuge, os filhos, os parentes, os legatários ou qualquer pessoa que receber dele a missão de realizar o pedido. A admissão do recurso, nestes casos, é feita pelo Ministro da Justiça que só então o encaminhará para a Corte de Cassação para julgamento. Na quarta hipótese (prova nova), o pedido pode ser feito pela família ao Ministro da Justiça e uma comissão formada por três diretores do Ministério da Justiça e três conselheiros da Corte de Cassação decidirá sobre a admissibilidade da revisão, que só depois será enviada (caso o juízo seja positivo) para julgamento pela Corte.

De qualquer maneira, qualquer que seja a hipótese de cabimento, o pedido deve ser feito ao Ministro da Justiça, sob pena de não ser recebido na Corte de Cassação e não há prazo para sua realização. O recurso pode ter efeito suspensivo (se a execução da condenação ainda não se iniciou) e conta com efeito devolutivo no que se refere ao fato novo que deu ensejo à sua interposição. A Corte realiza um juízo de admissibilidade e depois parte para o julgamento: se as provas novas forem evidentes, a própria Corte defere a revisão, mas se diante das novas provas não se tem certeza do erro, o caso é enviado para um juízo de mesma instância do que prolatou a condenação para realizar o julgamento (após instrução necessária). Note-se que do erro judiciário sempre caberá pedido de indenização<sup>20</sup>.

Na verdade, então, pode se concluir que na revisão muito mais do que um controle da atividade judicial, pretende-se corrigir eventuais injustiças que estariam acobertadas pela imutabilidade da decisão trazida pela coisa julgada. Isso porque o erro judiciário que deve ser corrigido não se deu à má execução da atividade pelo magistrado, mas a circunstâncias alheias ao seu conhecimento, fatos dos quais não se teve notícia oportunamente. Não se trata, portanto, de uma via de controle propriamente dita.

Finalmente, o último e mais importante meio de impugnação: o recurso de cassação. Este é o recurso mais significativo para se demonstrar a evidente

---

<sup>19</sup> Diferentemente do que se passa hoje no sistema brasileiro, apesar de a decisão já ter sido alcançada pela coisa julgada, os franceses chamam a revisão de recurso.

<sup>20</sup> MERLE, Roger; VITU, André. **Traité de droit...**, p. 931-932.

intenção de controle sobre as atividades judiciais exercida pela Corte de Cassação que não é, repita-se, um terceiro grau de jurisdição, consoante reiteram os próprios franceses<sup>21</sup>.

A cassação aparece, pela primeira vez no cenário francês, no século XVI, já com os primeiros tremores da até então consolidada monarquia absoluta. Na verdade, justamente por esses primeiros tremores, o rei precisava controlar a atividade daqueles que, por delegação dele, tinham o poder de decidir determinados conflitos surgidos na sociedade: os parlamentares<sup>22</sup>. A intenção era justamente de os controlar, determinando como deveriam proceder e, até mesmo, em que termos deveriam decidir – que se dava através da edição das chamadas *ordonnances*, pelo imperador. Nessa época, então, a cassação não passava de um instituto de afirmação do poder real, que começava a se desestruturar. Nas palavras de FRÉDÉRIC ZENATI, a cassação ressaltava o *imperium* e não a *jurisdictio*<sup>23</sup>.

Mas a cassação só começa a tomar os seus contornos atuais com o advento da Revolução Francesa, quando, apesar da separação dos poderes do Estado, assume evidente papel de controle das atividades judiciais em prol da manutenção da supremacia da lei. Em verdade, o Tribunal de Cassação, que substituiu o antigo Conselho das Partes<sup>24</sup>, fazia parte do Poder Legislativo e tinha por missão – política – vigiar as atividades do Poder Judiciário: por isso era conhecido como “sentinela das leis”<sup>25</sup>. Por esta razão, o Tribunal não conhecia das questões de fato, pois não era órgão jurisdicional, mas apenas cuidava para que os juízes não decidissem *contra legem*. A lei, supostamente completa, era garantia para todos, e sequer precisava ser interpretada. E, excepcionalmente se

<sup>21</sup> MERLE, Roger; VITU, André. **Traité de droit...**, p. 842.

<sup>22</sup> O Parlamento, na Idade Média e durante o Antigo Regime, era a corte provincial responsável pelos temas de justiça e de administração, ligado diretamente ao poder real.

<sup>23</sup> ZENATI, Frédéric. **La nature de la cour de cassation**. Disponível em: [www.courdecassation.fr/manifestations/manifestations.htm](http://www.courdecassation.fr/manifestations/manifestations.htm), 20/02/2005, às 8h20min, p. 02: “...la cassation relève de l’imperium, non de la jurisdictio...” (tradução da autora)

<sup>24</sup> Os *conseils des parties* era o órgão responsável pela análise, a pedido das partes, das decisões exaradas pelo Parlamento (nota de rodapé 22), a fim de verificar se estavam de acordo com a legislação real.

<sup>25</sup> ZENATI, Frédéric. **La nature...**, p. 02.

precisasse de interpretação, ela deveria ser dada pelo próprio Poder Legislativo<sup>26</sup>, através da interposição do recurso de cassação. Por não ter competência para decidir os conflitos, ao constatar que a decisão era equivocada o Tribunal deveria remeter o processo para o juiz competente exarar nova decisão, agora de acordo com a interpretação determinada pelo Tribunal.

É por volta de 1804<sup>27</sup> que o Tribunal de Cassação se torna Corte de Cassação e assume a feição que até hoje se observa na França: órgão supremo de justiça (embora haja posição no sentido de que ainda se trata de um órgão ligado ao Poder Legislativo<sup>28</sup>), responsável por velar para que as decisões exaradas pelos juízes não sejam contrárias à lei e para, quando requisitada, pronunciar a correta interpretação do direito (essa função foi oficialmente atribuída à Corte pela Lei de 1º de abril de 1837), que será vinculante, a partir daí, para os juízes inferiores. Neste sentido, atribui-se à Corte de Cassação, tradicionalmente, dupla função: disciplinar (porque objetiva controlar a aplicação da lei pelos juízes) e normativa (porque visa a uma interpretação uniforme da lei). Aliás, a par da função normativa, que soa mais razoável (ainda que discutível) em dias de maior liberdade dos juízes, parece bastante normal, entre os franceses, a idéia de existir uma corte responsável pela vigilância das atividades dos chamados juízes de fundo (que julgam o mérito dos casos penais) e sobre isso se fala abertamente, tal como se percebe de um artigo publicado em 2002, pelo Presidente da Corte de Cassação (chamado de *Premier Président*, em razão dos demais presidentes das câmaras que compõem a corte), GUY CANIVET, ao dissertar acerca da necessidade de se instituir um rígido juízo de admissibilidade dos recursos de cassação<sup>29</sup>. Segundo ele, para que a Corte consiga cumprir suas duas funções, é preciso reduzir o crescente número de decisões criativas em prol da unificação do

---

<sup>26</sup> TUNC, André. *La cour de cassation en crise. Archives de philosophie du droit: la jurisprudence*. Paris: Sirey, tome 30, 1985, p. 159.

<sup>27</sup> É preciso ressaltar que os autores não são uníssomos a respeito dessa data; há menção a 1800, 1803 (PASTOR, Daniel R. *La nueva imagen de la casación penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2001, p. 22) e 1804 (ZENATI, Frédéric. *La nature...*, p. 03).

<sup>28</sup> Como se pronuncia ZENATI, Frédéric. *La nature de la cour de cassation*. [www.courdecassation.fr/manifestations/manifestations.htm](http://www.courdecassation.fr/manifestations/manifestations.htm).

direito. Assim, é exarando menos decisões juridicamente significativas e mais decisões claras e coerentes que a Corte de Cassação pode elaborar uma jurisprudência forte e mais explícita, a fim de evitar as incertezas, as ambigüidades e as possíveis dúvidas acerca da regra de direito<sup>30</sup>. ROGER MERLE e ANDRÉ VITU, porém, sustentam que essa função de controle se destina apenas à motivação das decisões<sup>31</sup>.

A Corte de Cassação tem sede em Paris e tem competência sobre toda a França. É formada por três câmaras cíveis, uma comercial, uma de direitos sociais e uma criminal. A Câmara criminal é competente para julgar os conflitos de competência em matéria criminal, o recurso de revisão e o recurso de cassação. Como já ressaltado, o recurso de cassação, assim como o de revisão, são recursos extraordinários, isto é, admitidos apenas em situações excepcionais, expressamente previstas em lei.

Segundo o art. 567 do Código de Processo Penal francês, o recurso de cassação é cabível das decisões finais dos juízes de instrução e das decisões finais do Escabinado, Tribunal de Polícia e do Tribunal Correcional, que tenham violado a lei<sup>32</sup>. São legitimados a propor o recurso a parte interessada e, curiosamente, para a guarda da lei, o Ministério Público, por iniciativa própria ou por requisição do Ministro da Justiça. São requisitos para a interposição do recurso: legitimidade da parte, interesse, sucumbência e ter havido violação de lei.

O recurso, uma vez admitido, será julgado pela Câmara criminal da Corte, que, em verdade, restringirá sua atuação à análise das questões de direito apenas, por isso, ao analisar a cassação, a corte julga as decisões exaradas e não propriamente o caso penal – as questões de fato, note-se, estão já soberanamente

---

<sup>29</sup> CANIVET, Guy. **La procédure d'admission des pourvois en cassation**. [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr), disponível em 20/02/05, às 8 h.

<sup>30</sup> CANIVET, Guy. **La procédure...**, p. 01.

<sup>31</sup> MERLE, Roger; VITU, André. **Traité de droit...**, p. 843.

<sup>32</sup> “Art. 567. *Les arrêts de la chambre d'instruction et les arrêts des jugements rendus en dernier ressort en matière criminelle, correctionnelle ou de police peuvent être annulés en cas de violation de la loi sur pourvoi formé par le ministère public ou par la partie à laquelle il est fait grief, suivant les distinctions qui vont être établies*”.

decididas, na concepção dos franceses. A decisão impugnada pode ser parcial ou totalmente cassada. Em qualquer caso, a regra é de que a Corte envie o processo para um juízo de mesma natureza e hierarquia exarar a nova decisão (pois ela, repita-se, não se pronuncia sobre as questões de fato, apenas sobre a aplicação correta do direito aos fatos). Há casos, no entanto, que a Corte decide sem enviar o processo para o novo juízo: 1) quando da decisão de cassação não resta mais nada a ser decidido (por ex., a conduta discutida é tida como legal, lícita e não culpável); 2) quando, diante dos fatos soberanamente julgados, a Corte pode aplicar diretamente a regra de direito (e aqui, certamente, resta uma pergunta inevitável: como se afirma que a Corte não decide sobre os fatos se, diante de sua decisão de cassação, precisa devolver a questão para ser novamente decidida por outro juízo? Normal seria a situação, diante de toda a idéia que estrutura o recurso, de que uma vez soberanamente decididos os fatos, a Corte, ao interpretar o direito, aplique a regra ideal para o caso concreto, imediatamente...).

Ademais, é oportuno ressaltar que as decisões exaradas pela Corte de Cassação não são devidamente justificadas. Afinal, como a ela cabe dar a última palavra nos casos, não há necessidade, ao que parece, segundo os franceses, de que justifique o porquê de sua decisão. Ela deve ser o mais breve e irrefutável possível. É certo que por ser apenas uma, a Corte dá maior homogeneidade e autoridade às suas decisões, mas daí não exigir que seus magistrados justifiquem suas tomadas de posições, que serão vinculantes daí para frente, é, no mínimo, um forma de negar a democracia processual e, como afirma ANDRÉ TUNC, de fechar as portas a uma crítica interna à Corte, favorável ao progresso<sup>33</sup> do direito como um todo.

Assim, é possível concluir que o sistema processual penal francês é dotado (ainda) de fortes traços inquisitivos (especialmente no juízo de instrução) e que, de uma maneira geral, a atividade dos juízes<sup>34</sup>, que devem ser

---

<sup>33</sup> TUNC, André. La cour de cassation en crise..., p. 168.

<sup>34</sup> Os magistrados franceses são nomeados por decreto do Presidente da República após terem colado grau na Faculdade de Direito, passado em concurso para adentrar a Escola Nacional da Magistratura, e realizado, por 24 meses, atividades prática e teóricas na qualidade de auditor de

independentes, é altamente controlada pelos órgãos superiores. Não no que se refere aos recursos de oposição, apelação e revisão, porque nada mais fazem do que velar pela regularidade processual e realizar um segundo exame da prova, absolutamente compreensível em termos de garantia do segundo grau de jurisdição. Mas, sobretudo, percebe-se a grande pretensão de uniformidade do ordenamento e de submissão dos juízes de fundo quando se estabelece como as duas funções do recurso de cassação a normativa e disciplinar. Da leitura dos textos examinados, especialmente daquele escrito pelo Presidente da Corte de Cassação, já mencionado, resta evidente que a finalidade da Corte é apenas vigiar (no sentido de normalizar) e não servir como guia para os juízes mais novos. Ainda não foi abandonada, portanto, a revolucionária<sup>35</sup> desconfiança para com os magistrados.

### 1.2.2. ITÁLIA

A análise do sistema processual penal italiano mostra-se de grande relevância para uma noção de direito comparado na medida em que o ainda vigente Código de Processo Penal Brasileiro, de 1941, não é outra coisa senão uma cópia do Código Rocco, de 1930. A Itália é, portanto, o berço do sistema processual penal brasileiro e de fundamental importância, nesse passo, para sua compreensão<sup>36</sup>.

É preciso ressaltar, no entanto, que, ao contrário do Brasil, a Itália, após a promulgação da Constituição de 1946, adentrou um processo constante de

---

justiça e ser indicado pelo Ministro da Justiça, após aprovação do Conselho Superior da Magistratura. MERLE, Roger; VITU, André. **Traité de droit....**, p. 628.

<sup>35</sup> No sentido de datar da Revolução Francesa.

<sup>36</sup> Para a análise do sistema italiano, utilizou-se das obras: CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Milano: UTET, 1986; CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. Trad. Jorge Guerrero. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000, 2T.; PISANI, M.; MOLARI, A.; PERCHINUNNO, V.; CORSO, P. **Manuale di procedura penale**. 5.ed. Bologna: Monduzzi, 2002; NAPPI, Aniello. **Guida al nuovo codice di procedura penale**. Seconda edizione. Milano: Giuffrè, 1991 e PERRODET, Antoinette. O sistema italiano. In: DELMAS-MARTY, Mireille (org.). **Processos penais da europa**. Trad. Fauzi Hassan Choukr e Ana Cláudia Ferigado Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 342-429. E das informações disponíveis no site: [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it), acesso em 17/04/05, às 8h.

democratização do sistema jurídico que, num primeiro momento, deu-se através de várias reformas pontuais do Código de Processo Penal de 1930, para então culminar na publicação de um novo Código, em 1988, que pretendeu se adequar à nova realidade italiana. Esse novo diploma, porém, vem sofrendo desde a vigência algumas alterações, dentre as mais expressivas aquelas trazidas pela reforma de 1998 (Decreto-Legislativo n. 51, de 19.02.98) e de 1999 (Lei n. 479).

Quanto à organização judiciária (especificamente para o âmbito criminal), a Itália conta com a mais simplificada, se comparada à França, Argentina e até mesmo ao Brasil. Note-se que a Itália adota a classificação bipartida das infrações penais, isto é, delitos e contravenções<sup>37</sup>, o que também contribui para a simplificação da determinação das competências.

Na Itália, a jurisdição penal também se desenvolve em dois momentos: a investigação preliminar e a fase de julgamento. Em primeiro grau, atuam os juízes da investigação preliminar (que só atuam nessa fase, controlando a duração da investigação, as medidas restritivas de direitos fundamentais e conduzindo a formação de prova antecipada, quando necessário), os juízes da audiência preliminar (que só atuam neste ato) e os juízes de julgamento. Estes são subdivididos segundo a infração a ser apurada, nos seguintes termos: o Escabinado (*Corte di Assise*), segundo o art. 5º do Código de Processo Penal Italiano<sup>38</sup>, destina-se ao julgamento dos delitos de maior gravidade, por exemplo, para os quais é prevista a pena de prisão perpétua ou de reclusão, cujo máximo não seja inferior a 24 anos; os Juízes de Paz, que não são magistrados de carreira, mas que com o Decreto-legislativo n. 274, de 28 de agosto de 2000, passaram a

<sup>37</sup> Consoante se pode notar da própria legislação penal (Código Penal Italiano), art. 39.

<sup>38</sup> “Art. 5 *Competenza della Corte di Assise*. 1. *La Corte di Assise è competente: a) per i delitti per i quali la legge stabilisce la pena dell’ergastolo o della reclusione non inferiore nel massimo a ventiquattro anni, esclusi il delitto di tentato omicidio (c.p. 56, 575.) comunque aggravato e i delitti previsti dall’art. 630, comma 1 c.p. e dalla L. 22 dicembre 1975 n. 685 ; b) per i delitti consumati previsti dagli artt. 579, 580, 584, 600, 601 e 602 del codice penale; c) per ogni delitto doloso se dal fatto è derivata la morte di una o più persone, escluse le ipotesi previste dagli artt. 586 588 e 593 c.p.; d) per i delitti previsti dalle leggi di attuazione della XII disposizione finale della Costituzione , dalla L. 9 ottobre 1967 n. 962 e nel Titolo I del Libro II del Codice Penale (c.p. 241.), sempre che per tali delitti sia stabilita la pena della reclusione non inferiore nel massimo a dieci anni”.*



ter competência criminal para determinados delitos, dispostos no art. 4º do referido texto legal, tais como a omissão de socorro e os crimes contra a honra; e, finalmente, os Tribunais (curiosamente, de regra, monocráticos), que, por conta do Decreto-legislativo n. 51, de 19 de fevereiro de 1998, passaram a ter a competência criminal antes pertencentes aos antigos pretores (que tinham competência para julgar determinados delitos, de regra de menor gravidade). Em suma, aos Tribunais se reserva toda competência residual, ou seja, as infrações que não são de competência do Escabinado<sup>39</sup> nem do Juiz de Paz.

Em segundo grau estão as Cortes de Apelação, com sede nas capitais dos distritos (*distretto*<sup>40</sup>) compostas por três magistrados (um presidente e dois assessores), responsáveis pelo julgamento dos recursos de apelação das decisões exaradas pelos juízes de primeiro grau, acima dispostos. No ápice do Poder Judiciário está a Corte de Cassação, com competência sobre todo o território nacional, com sede em Roma, responsável pelo controle sobre a legitimidade das decisões nas áreas cível e penal<sup>41</sup>.

A jurisdição penal dita ordinária (tradicional) realiza-se, consoante adiantado, em dois momentos: uma fase inquisitória, na qual é realizada a investigação preliminar (*indagini preliminari*), e outra acusatória, na qual se realizam a audiência preliminar e o julgamento de mérito. Há, no entanto, procedimentos especiais, largamente utilizados especialmente após a reforma de 1999, os quais, em suma, realizam-se, de regra, com a eliminação de uma das fases acima dispostas. São eles a citação direta (*citazione diretta a giudizio* – art. 550 do CPP italiano), o julgamento abreviado (*giudizio abbreviato* – art. 438), a aplicação direta de pena (*patteggiamento* – art. 444), o julgamento direto (*giudizio direttissimo* – art. 449), o juízo imediato (*giudizio immediato* – art. 453) e o procedimento por decreto (*procedimento per decreto* – art. 459 do CPP

---

<sup>39</sup> “Art. 6 Competenza del tribunale 1. Il tribunale è competente per i reati che non appartengono alla competenza della Corte di Assise”.

<sup>40</sup> Para efeitos de compreensão, o distrito italiano poderia equivaler, talvez, a uma seção judiciária brasileira. Por exemplo, há o distrito de Milão, Roma, Firenze, Palermo, dentre outros (no total, a Itália conta com 28 distritos, segundo informações disponíveis no site: [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it), acesso em 17/04/05, às 16h30min.).

italiano). O objetivo de todos eles é, sem dúvida, uma atuação mais rápida e eficiente da jurisdição penal, só não se sabe a que preço.

A investigação preliminar (*indagini preliminari*) pode ser desenvolvida pela polícia judiciária e pelo Ministério Público (que também faz parte da Magistratura, tal como na França e na Argentina, como se verá), a partir da notícia do crime levada ao conhecimento do *Parquet* pela polícia judiciária. O Ministério Público, no entanto, é que coordena as investigações, que são, a princípio, sigilosas e de feição nitidamente inquisitorial. A defesa poderá até realizar uma espécie de investigação preliminar, mas se trata de atividade paralela e sob sua responsabilidade, que poderá, no entanto, complementar as investigações realizadas pelo órgão de acusação. Os elementos colhidos nesta fase servirão de base – ou não – para a realização da audiência preliminar. Pode ocorrer, no entanto, ser necessária a produção de uma determinada prova que não poderá ser reproduzida na fase processual, por diversos motivos. Nestes casos, é instaurado um incidente probatório (*incidente probatorio*), com a intervenção de um juiz e da defesa, para a produção da prova sob o contraditório. As hipóteses estão previstas no art. 392<sup>42</sup> do Código de Processo Penal Italiano.

---

<sup>41</sup> Para visualização da organização judiciária italiana, veja-se anexo n. 02.

<sup>42</sup> “Art. 392. 1. Nel corso delle indagini preliminari il pubblico ministero e la persona sottoposta alle indagini possono chiedere al giudice che si proceda con incidente probatorio: a) all’assunzione della testimonianza (194 s.) di una persona, quando vi è fondato motivo di ritenere che la stessa non potrà essere esaminata nel dibattimento per infermità o altro grave impedimento; b) all’assunzione di una testimonianza quando, per elementi concreti e specifici, vi è fondato motivo di ritenere che la persona sia esposta a violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità affinché, non deponga o deponga il falso; c) all’esame della persona sottoposta alle indagini su fatti concernenti la responsabilità di altri; d) all’esame delle persone indicate nell’art. 210; e) al confronto (211) tra persone che in altro incidente probatorio o al pubblico ministero hanno reso dichiarazioni discordanti; f) a una perizia (220 s.) o a un esperimento giudiziale (218 s.), se la prova riguarda una persona, una cosa o un luogo il cui stato è soggetto a modificazione non evitabile; g) a una ricognizione (213 s.), quando particolari ragioni di urgenza non consentono di rinviare l’atto al dibattimento. 1 bis. Nei procedimenti per i delitti di cui agli articoli 600-bis, 600-ter, 600- quinquies 609 bis, 609 ter, 609 quater, 609 quinquies e 609 octies del codice penale il pubblico ministero o la persona sottoposta alle indagini possono chiedere che si proceda con incidente probatorio all’assunzione della testimonianza di persona minore degli anni sedici, anche al di fuori delle ipotesi previste dal comma 1. 2. Il pubblico ministero e la persona sottoposta alle indagini possono altresì chiedere una perizia che, se fosse disposta nel dibattimento, ne potrebbe determinare una sospensione superiore a sessanta giorni (477)”.

Terminadas as investigações preliminares, o Ministério Público poderá pedir o arquivamento do caso se: 1) a notícia do crime é infundada; 2) falta uma condição de procedibilidade, o crime está extinto ou o fato não é previsto como típico; 3) em seis meses da notícia do crime o Ministério Público não conseguir descobrir quem foi o autor do fato<sup>43</sup>. O pedido de arquivamento será analisado pelo juiz das investigações preliminares, que pode acolher o requerimento ou não; neste caso, determinará que o Ministério Público formule a imputação no prazo de 10 dias<sup>44</sup>. A vítima pode se manifestar quando do pedido de arquivamento do caso. E, caso surjam novos elementos de prova, a legislação prevê hipótese de reabertura das investigações<sup>45</sup>.

No normal desenvolvimento da persecução, se for caso de imputação, o Ministério Público faz o requerimento de envio a julgamento (*richiesta di rinvio a giudizio*), exercendo a ação penal, perante o juiz da audiência preliminar, que designará data para a realização do ato e tomará todas as providências necessárias para que as partes compareçam (inclusive a parte civil e do civilmente responsável, se houver). O pedido do Ministério Público deve conter: 1) a indicação do imputado ou de elementos que possam tornar possível a sua identificação; 2) a descrição minuciosa do fato e sua qualificação legal; 3) a indicação das fontes de prova adquiridas; 4) o pedido de envio a julgamento; 5) data e assinatura (art. 417 do CPP italiano), sob pena de nulidade. É com essa audiência que se instaura a fase acusatória da persecução penal (caso entenda o juiz ser hipótese de processar o caso penal – art. 424 do CPP italiano). A audiência preliminar serve, ainda, a dar ao indivíduo a plena consciência da imputação que lhe é feita pelo órgão acusador, muitas vezes até então desconhecida diante da natureza das investigações preliminares<sup>46</sup>.

Presentes as partes e o juiz, iniciam-se as discussões a respeito da viabilidade ou não do envio a julgamento – trata-se, como dito, de uma audiência

---

<sup>43</sup> Consoante os arts. 408, 411 e 415 do Código de Processo Penal italiano.

<sup>44</sup> Oposto ao sistema brasileiro, em que cabe ao Ministério Público a última palavra a respeito do oferecimento da ação, nos termos do art. 28 do CPP.

<sup>45</sup> Como dispõe o art. 414 do Código de Processo Penal Italiano.

<sup>46</sup> NAPPI, Aniello. **Guida...**, p. 208.

prévia ao recebimento da inicial acusatória (art. 424 so CPP italiano), portanto. Primeiro é ouvido o Ministério Público, depois o acusado (que pode ser interrogado neste momento ou após), os defensores da parte civil e dos civilmente responsáveis e o defensor do acusado, com oportunidade de uma réplica para cada um (art. 421. 2. do CPP italiano). O juiz pode, se entender necessário, requerer informações complementares. Após, deve o juiz da audiência preliminar exarar uma decisão, que pode ser: 1ª) de envio do caso a julgamento (*decreto che dispone il giudizio*), quando não presentes nenhuma das hipóteses da segunda providência; 2ª) de não envio do caso a julgamento (*sentenza di non luogo a procedere*), quando: a) o crime está extinto – pela morte do acusado, anistia, prescrição, dentre outras causas; b) falta a representação do ofendido, por exemplo; c) o fato não é típico; d) o fato não existiu; e) o imputado não praticou o fato, e f) o acusado é inimputável<sup>47</sup>. Em ambos os casos, a decisão do juiz deve trazer uma série de requisitos impostos pela legislação processual. Vale ressaltar que no segundo caso, de não envio a julgamento, se surgirem novos elementos de prova, o Ministério Público pode pedir a revogação da primeira decisão, para que se envie, então, o caso a julgamento (arts. 435 e 436 do CPP italiano).

Se ocorrer a primeira hipótese, o caso é enviado ao juízo competente para julgamento. Segundo a doutrina clássica, esta fase é realizada em três momentos distintos: um momento *predibattimentale*, um momento *dibattimentale* e um momento *postdibattimentale*<sup>48</sup>. O *dibattimento* é justamente o momento em que as partes apresentam as provas e falam sobre elas perante o juiz. Neste sentido, no momento *pré-dibattimento*, o presidente do tribunal ou do Escabinado (*Corte di Assisi*) cuida das providências preparatórias para as provas que deverão ser apresentada na audiência (por exemplo, intimação das testemunhas, dos peritos, entre outras) e as partes podem examinar os autos de processo que ficam à disposição na secretaria. No *dibattimento*, como adiantado, acontece a audiência propriamente dita, perante o juiz competente, de regra

---

<sup>47</sup> As hipóteses estão previstas no art. 425 do Código de Processo Penal italiano.

pública, e as partes, presentes, têm oportunidade de trazer todas as provas que entenderem pertinentes para a defesa de suas teses e de falar sobre as provas produzidas, desde que os meios de prova sejam admissíveis e lícitos. O juiz conduz as discussões, inclusive para, se necessário, impedir divagações, interrupções e repetições de argumentos já discutidos. Terminadas as discussões (as partes têm direito à réplica), o juiz declara o fim do *dibattimento*. O último momento, pós-*dibattimento*, é destinado à deliberação dos juízes (no Escabinado, dos juízes togados e leigos) e declaração da sentença. A deliberação não é pública, os votos devem ser justificados e cabe ao juiz (ou juízes) exarar a decisão logo após e, dependendo do caso, pode apresentar a sentença escrita até 15 dias depois da audiência. De qualquer maneira, essa sentença deve ser motivada quanto aos fatos e quanto ao direito, sob pena de nulidade<sup>49</sup>. Os juízes, segundo dispõe o CPP italiano, devem formar seu convencimento a partir das provas produzidas no processo apenas (art. 526), que serão avaliadas livremente. Cabe ao juiz, no entanto, recusar as provas proibidas por lei e também aquelas que julgar supérfluas e irrelevantes. Demais disso, pode suplementar a atividade das partes, produzindo provas de ofício (mesmo com a reforma de 1988 e as subseqüentes). A sentença poderá ser de absolvição (*assoluzione*) quando: o fato não existiu, o imputado não o cometeu, o fato não constitui ilícito penal ou se foi praticado por alguém inimputável (art. 530 CPP italiano)<sup>50</sup>, de reconhecimento que o crime já está extinto pela prescrição ou outra causa (art. 531) ou de condenação (art. 533).

O sistema jurisdicional de controle italiano se resume, como de regra acontece, à via recursal, representada pela apelação, pela cassação e pela revisão.

---

<sup>48</sup> NAPPI, Aniello. **Guida...**, p. 257 e ss.

<sup>49</sup> Consoante arts. 525, 527, 544 e 546 do Código de Processo Penal italiano.

<sup>50</sup> Note-se que as hipóteses de absolvição são as mesmas que autorizam o não envio do caso a juízo, por ocasião da audiência preliminar. Em assim sendo, essa decisão do juiz da audiência preliminar acaba revelando-se como verdadeiro julgamento antecipado do caso penal, o que é, no mínimo, questionável.

Como ocorre na França, a revisão (*revisione*)<sup>51</sup> é também tida como um recurso, de natureza extraordinária (porque conta com requisitos específicos), cabível das sentenças condenatórias definitivas, a qualquer tempo. São quatro as hipóteses de cabimento da revisão: a) se existem duas decisões contrárias sobre o mesmo caso; b) se a condenação tiver levado em consideração uma condenação cível ou administrativa, que fora revogada; c) se surgirem provas novas que possam levar à absolvição; d) se o julgamento se fundar em elementos falsos. A competência para o julgamento das revisões é da Corte de Apelação que, se der provimento ao recurso, absolvendo o condenado, pode inclusive determinar o pagamento de indenização pelo erro judiciário, caso requerido pela parte interessada. Tem legitimidade para propor a revisão o condenado, alguém por ele autorizado, seus herdeiros, dentre outros próximos ou o membro do Ministério Público que funciona perante a Corte de Apelação. Trata-se, em verdade, de um meio de correção de equívocos judiciários diante do surgimento de situações que não existiam no momento da decisão e que, portanto, justificam o erro cometido. Não é, repita-se, um vero e próprio meio de controle das decisões judiciais.

A apelação (*appello*) é a via impugnativa mais comum e utilizada no processo penal italiano (como o é de uma maneira geral nos sistemas aqui analisados). É cabível de algumas, não todas, decisões proferidas ao longo da persecução penal, sendo as hipóteses determinadas em lei, inclusive para os prazos. Por exemplo, é cabível das decisões exaradas durante as investigações preliminares que tratem sobre medidas cautelares pessoais (art. 310 do CPP italiano), da decisão que não envia o caso a julgamento, ao final da audiência preliminar (art. 428) – da decisão que envia não cabe recurso –, das condenações e absolvições, dentre outros casos aplicáveis aos procedimentos abreviados. A competência para o julgamento das apelações é da Corte de Apelação superior ao juízo de primeiro grau competente. Se a apelação é da decisão do Escabinado (*Corte di Assisi*), o julgamento será realizado pela Corte de Apelação, mas na composição de um outro Escabinado (em primeiro grau, o Escabinado é

---

<sup>51</sup> Arts. 629 a 647 do Código de Processo Penal italiano.

composto por um presidente, escolhido dentre os magistrados da Corte de Apelação, um magistrado do Tribunal e de seis juízes leigos; em segundo grau, o Escabinado é composto por um presidente, que também é presidente de seção da Corte de Apelação, de um outro magistrado da Corte de Apelação e de seis juízes leigos).

Quanto ao efeito devolutivo, determina o Código de Processo Penal Italiano que à Corte só é lícito conhecer daquilo que foi expressamente impugnado. Em casos de reconhecimento de nulidades, a Corte as pode declarar e enviar o caso para novo julgamento pelo Tribunal ou exarar nova decisão, desde logo. O julgamento pode se dar publicamente (aberto a todos) ou apenas com a presença das partes envolvidas (*Cameras di consiglio*).

No sistema italiano, deste modo, a apelação pode versar sobre questões processuais e de mérito e, em que pese estar limitada ao que foi efetivamente impugnado pela parte, dentro dessa matéria pode reexaminar o que for necessário, funcionando como uma forma de revisão da decisão impugnada. É, portanto, uma forma de controle exercida pela mera revisão do ato praticado.

Por derradeiro, o recurso de cassação (*ricorso per cassazione*). Segundo narra ANTOINETTE PERRODET,

“é um princípio constitucional que os julgamentos definitivos, se não sujeitos à revisão, e que digam respeito a decisões sobre matérias que afetem a liberdade individual, sempre são sujeitos a impugnações sobre pontos de direito, perante a Corte de Cassação (artigo 111 da Constituição). A Corte de Cassação pode, além disso, revisar todos os julgamentos provenientes de apelações, e também aqueles emanados por Cortes de primeira instância contra os quais a apelação (em sentido estrito) não é permitida”<sup>52</sup>.

Em verdade, várias são as hipóteses de cabimento do mencionado recurso, trazidas não só pelo Código de Processo Penal italiano (art. 606<sup>53</sup>), mas

<sup>52</sup> PERRODET, Antoinette. O sistema italiano..., p. 413.

<sup>53</sup> “Art. 606 *Casi di ricorso*1. Il ricorso per cassazione può essere proposto per i seguenti motivi: a) esercizio da parte del giudice di una potestà riservata dalla legge a organi legislativi o amministrativi ovvero non consentita ai pubblici poteri; b) inosservanza o erronea applicazione della legge penale o di altre norme giuridiche, di cui si deve tener conto nell'applicazione della legge penale; c) inosservanza delle norme processuali stabilite a pena di nullità (177 sg.), di inutilizzabilità (191), di inammissibilità o di decadenza (173); d) mancata assunzione di una prova decisiva, quando la parte ne ha fatto richiesta a norma dell'art. 495

igualmente pela própria Constituição da República Italiana (art. 111<sup>54</sup>). Não obstante, teoricamente, a Corte de Cassação deve apenas conhecer e analisar as questões de direito, para verificar a correta aplicação da lei ao caso concreto, como acontece na França (embora lá as hipóteses de cabimento sejam bem mais restritas). Uma das hipóteses, note-se, faz expressa referência à falta ou à ilogicidade da motivação da decisão (art. 606, 1, “e”), como uma forma genérica de controlar todas as decisões passíveis de recurso de cassação. Têm legitimidade para propor o recurso o acusado e o Ministério Público. Ao decidir o recurso, a Corte poderá anular a decisão impugnada, exarando nova decisão ou enviando o caso para nova decisão pelo juízo *a quo*. A decisão da Corte, sem embargo ser irrecorrível, deve ser motivada, por expressa determinação constitucional (art. 111) e legal (art. 617 do Código de Processo Penal italiano).

Diante do exposto, deve-se notar que a cassação italiana foge, de certa forma, ao modelo proposto pelo sistema francês, vez que, diante das inúmeras hipóteses de cabimento, acaba por desnaturar a função específica de controle sobre a legalidade da atividade judicial, sendo mais facilmente reconhecido pelos autores italianos, ao que parece, que a cassação analisa novamente os fatos discutidos no processo e que, sendo assim, acaba funcionando como um terceiro grau de jurisdição<sup>55</sup>.

Com efeito, também a doutrina italiana identifica a crise do recurso de cassação, aliás, desde há muito tempo. E a razão da crise é exatamente, sobretudo, a impossibilidade de não se analisar os fatos quando do julgamento da

---

*comma 2; e) mancanza o manifesta illogicità della motivazione, quando il vizio risulta dal testo del provvedimento impugnato. 2. Il ricorso, oltre che nei casi e con gli effetti determinati da particolari disposizioni, può essere proposto contro le sentenze pronunciate in grado di appello (605) o inappellabili (593). 3. Il ricorso è inammissibile se è proposto per motivi diversi da quelli consentiti dalla legge o manifestamente infondati ovvero, fuori dei casi previsti dagli artt. 569 e 609 comma 2, per violazioni di legge non dedotte con i motivi di appello”.*

<sup>54</sup>“Art. 111. Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati. Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra. Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione”.

<sup>55</sup> NAPPI, Aniello. **Guida...**, p. 415.



cassação, vez que, como afirma FRANCESCO IACOVIELLO, “a norma serve a delimitar os contornos relevantes do fato, o fato serve a esclarecer os possíveis significados da norma: norma e fato se encontram e se modelam um sobre o outro”<sup>56</sup>. Na verdade, conclui o autor italiano, seria muito mais simples se admitir que a cassação adentra o juízo sobre os fatos, mas se prefere fingir que isso não ocorre: “no processo de cassação o fato pode entrar sob uma condição: a de que ninguém fale sobre isso”<sup>57</sup>. Sem embargo, o recurso de cassação segue sendo no sistema italiano o grande trunfo das partes para combater decisões contrárias ao direito e por vezes viciadas pela falta ou insuficiência da devida justificação.

### 1.2.3. ARGENTINA

Finalmente, é importante tratar de ao menos um dos sistemas processuais penais latino-americanos, cuja realidade se revela, certamente, muito mais próxima daquela verificada no Brasil. De qualquer maneira, é um sistema sob a realidade de países em desenvolvimento, com alguns momentos de crise, mas que se preocupam com a afirmação de um sistema democrático.

Em realidade, o sistema argentino é o mais complexo dos aqui analisados, especialmente em virtude da organização político-jurídica do país. É também uma República Federativa, porém, diferentemente do Brasil, as províncias têm amplos poderes para determinarem suas próprias organizações, inclusive legislando sobre processo, o que não se verifica no Brasil, por exemplo<sup>58</sup>. Assim, embora exista o Código de Processo Penal da Nação (Lei 23984/93, já alterada por uma série de leis posteriores<sup>59</sup>) e a Constituição Nacional (como a chamam), cada província possui sua respectiva constituição e

---

<sup>56</sup> IACOVIELLO, Francesco M. **La motivazione della sentenza...**, p. 264: “*la norma serve a disegnare i profili rilevanti del fatto, il fatto serve a chiarire i possibili significati della norma: norma e fatto si cercano e si modellano l’uno sull’altra*”. (tradução da autora)

<sup>57</sup> IACOVIELLO, Francesco M. **La motivazione della sentenza...**, p. 267: “*nel processo di cassazione il fatto può entrare ad una condizione: che nessuno ne parli*”. (tradução da autora)

<sup>58</sup> No Brasil, é da competência privativa da União a legislação sobre processo (art. 22 da Constituição da República), cabendo aos Estados-membros e Distrito Federal apenas a legislação sobre procedimento em matéria processual (art. 24, CR).

lei processual penal. Segundo a Constituição da Nação Argentina, de 1994, as províncias, a par de outras limitações expressas, só não podem legislar em matéria Comercial, Civil, Penal e de Mineração, se o Congresso Nacional sobre elas já legislou<sup>60</sup>. Aliás, o respeito pela autonomia provincial é tão evidente que mesmo nas matérias de competência do Congresso, estabelece-se que tal legislação não deve suprimir a das províncias<sup>61</sup>.

De qualquer maneira, a Justiça Penal Argentina é dividida em Justiça Federal (esta regulada pelas leis federais) e Justiça Provincial (esta regulada diversamente em cada província). A competência penal da Justiça Federal é determinada pela Constituição Nacional (art. 116<sup>62</sup>) e pelo Código de Processo Penal da Nação (arts. 31 a 33<sup>63</sup>), sendo, portanto, residual a competência das Justiças Provinciais.

---

<sup>59</sup> Leis 24.825, 24.826, 25.324, 25.409 e 25.434.

<sup>60</sup> “Artículo 126.- Las provincias no ejercen el poder delegado a la Nación. No pueden celebrar tratados parciales de carácter político; ni expedir leyes sobre comercio, o navegación interior o exterior; ni establecer aduanas provinciales; ni acuñar moneda; ni establecer bancos con facultad de emitir billetes, sin autorización del Congreso Federal; ni dictar los códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería, después de que el Congreso los haya sancionado; ni dictar especialmente leyes sobre ciudadanía y naturalización, bancarrotas, falsificación de moneda o documentos del Estado; ni establecer derechos de tonelaje; ni armar buques de guerra o levantar ejércitos, salvo en el caso de invasión exterior o de un peligro tan inminente que no admita dilación dando luego cuenta al Gobierno Federal; ni nombrar o recibir agentes extranjeros”.

<sup>61</sup> “Artículo 75. 12. Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; y especialmente leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la Argentina; así como sobre bancarrotas, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados”.

<sup>62</sup> “Artículo 116.- Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 12 del Artículo 75; y por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero”.

<sup>63</sup> “Art. 31. La Cámara Federal de Apelación conocerá sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales: 1) De los recursos deducidos contra las resoluciones de los jueces federales; 2) De los recursos de queja por justicia retardada o denegada por los mismos; 3) De las cuestiones

A Justiça Federal é organizada<sup>64</sup>, em primeiro grau, em Tribunais Federais de Primeira Instância (órgão unipessoal); em segundo grau, nas Câmaras Nacionais de Apelação e acima delas, como órgão jurisdicional supremo da nação (porém não constituindo um terceiro grau de jurisdição), está a Corte Suprema de Justiça. Mais especificamente, nos foros da Capital Federal têm-se a Câmara Nacional de Apelações, o Juiz Criminal de Instrução e os Tribunais Orais em matéria criminal. Nos foros federais do interior, têm-se a Câmara Federal de Apelações, o Juiz Federal e o Tribunal Oral em matéria criminal<sup>65</sup>. A organização das Justiças das Províncias, por sua vez, não é uniforme. Como exemplo, a Justiça da Província de Córdoba é organizada em Tribunal Superior de Justiça (em segundo grau) e Câmaras Criminais (em primeiro grau)<sup>66</sup>. Neste passo, é preciso esclarecer que a exposição que adiante se faz do sistema processual penal argentino é genérica, passível de várias especificidades.

---

*de competencia entre los tribunales federales en lo criminal y de los jueces federales de su competencia territorial y otras competencias territoriales. Art. 32. El Tribunal Federal en lo Criminal juzgará: 1) En única instancia de los delitos cuya competencia no se atribuya a otro tribunal; 2) En única instancia de los delitos previstos en el art. 210 bis y en el tít. X del libro II del Código Penal Art. 33. El juez federal conocerá: 1) En la instrucción de los siguientes delitos: a) Los cometidos en alta mar, a bordo de buques nacionales o por piratas, ciudadanos o extranjeros; b) Los cometidos en aguas, islas o puertos argentinos; c) Los cometidos en el territorio de la Capital o en el de las provincias, en violación de las leyes nacionales, como son todos aquellos que ofendan la soberanía y seguridad de la Nación, o tiendan a la defraudación de sus rentas u obstruyan y corrompan el buen servicio de sus empleados, o violenten o estorben o falseen la correspondencia de los correos, o estorben o falseen las elecciones nacionales, o representen falsificación de documentos nacionales, o de moneda nacional o de billetes de bancos autorizados por el Congreso; d) Los de toda especie que se cometan en lugares o establecimientos donde el gobierno nacional tenga absoluta y exclusiva jurisdicción, con excepción de aquellos que por esta ley quedan sometidos a la jurisdicción ordinaria de los jueces de instrucción de la Capital; e) Los delitos previstos por los arts. 142 bis, 149 ter, 170, 189 bis, a excepción de la simple tenencia de arma de guerra salvo que tuviere vinculación con otros delitos de competencia federal, 212 y 213 bis del Código Penal. 2) En el juzgamiento en instancia única de aquellos delitos señalados en el párrafo anterior que estén reprimidos con pena no privativa de la libertad, o privativa de la libertad cuyo máximo no exceda de tres (3) años”.*

<sup>64</sup> Para uma melhor visualização da complexa organização argentina, veja-se anexo n. 03.

<sup>65</sup> Isso segundo informações colhidas no site [www.pjn.gov.ar](http://www.pjn.gov.ar), em 25/03/2005, às 23h10min.

<sup>66</sup> Conforme retirado do site [www.justiciacordoba.gov.ar](http://www.justiciacordoba.gov.ar), em 25/03/05, às 23h.

Assim como no sistema francês – que é fonte também do sistema processual penal argentino – a jurisdição penal é desenvolvida, em regra<sup>67</sup>, em dois momentos: a instrução e o julgamento<sup>68</sup>. A instrução pode ser regida pelo órgão do Ministério Público, com a ajuda do juiz de instrução, mas também o pode ser pelo juiz de instrução, diretamente. Na Argentina, quanto às infrações penais, adota-se o sistema bipartido, ou seja, há somente delitos e contravenções (também chamadas de faltas) e não há tribunais ou juízes com competência específica para cada infração, nem mesmo para os delitos dolosos contra a vida. De regra, os delitos estão tratados no Código Penal Nacional e as contravenções são de competência do legislativo provincial<sup>69</sup>. Assim, a divisão que se faz na competência é apenas em federal e provincial, nos termos relatados.

No procedimento padrão<sup>70</sup>, recebida a notícia do crime (chamada *denuncia*), que pode ser feita por qualquer pessoa, pelo órgão do Ministério Público, este deve requerer, perante o juiz de instrução (também chamado *juez de garantías*), a citação do imputado para se manifestar sobre o fato tido como delituoso<sup>71</sup> – pois é vedada a ação de ofício do órgão jurisdicional. Com isso, dá-se início à fase da investigação preliminar, chamada pelos argentinos, de regra, como *sumario jurisdiccional*. Segundo JORGE CLARIÁ OLMEDO, há duas tarefas a serem cumpridas nesta fase da persecução penal: a investigação do fato (tarefa prática) e a determinação da situação do imputado diante de tal fato (tarefa crítica). Na verdade, é essa investigação preliminar que vai servir de base

<sup>67</sup> Diante do objetivo de apenas fornecer uma visão genérica do sistema processual penal argentino, abstém-se de examinar as hipóteses de procedimentos abreviados, exceções do referido sistema.

<sup>68</sup> Toda a exposição do sistema processual penal argentino é baseada, fundamentalmente, nas obras: CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. **Derecho procesal penal**. Tomo I (actualizado por Jorge E. Vázquez Rossi) Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, s.d. **Derecho procesal penal**. Tomo II (actualizado por Carlos Alberto Chiara Díaz) Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004. **Derecho procesal penal**. Tomo III (actualizado por Jorge Raúl Montero) Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004; VÁZQUEZ ROSSI, Jorge E. **Derecho procesal penal**. Tomo II: El proceso penal. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004.

<sup>69</sup> VÁZQUEZ ROSSI, Jorge E. **Derecho procesal penal**. Tomo II: El proceso penal. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 433 e ss.

<sup>70</sup> Porque também existem na Argentina os procedimentos abreviados.

<sup>71</sup> Esse é o procedimento que ocorrerá nos casos em que a investigação preliminar for coordenada pelo juiz de instrução.

para o oferecimento ou não da ação penal pelo Ministério Público, posteriormente.

Nesta fase, procura-se comprovar a existência do fato, enquadrar penalmente a conduta, individualizar autores, co-autores e partícipes, verificar o dano causado pela conduta, assegurar os meios de prova e todas as diligências necessárias para tal serão realizadas, a pedido do Ministério Público, da defesa e de ofício pelo juiz. A investigação instrutória é escrita e a publicidade é restrita ao investigado e seu defensor (publicidade interna). São, de regra, os atos do sumário: 1) o chamamento e comparecimento do investigado; 2) nomeação de defensor, caso ainda não possua; 3) interrogatório do investigado (chamado de *declaración indagatoria* e, pelos códigos mais modernos, de *declaración del imputado*); 4) a produção das demais provas requeridas; 5) o reconhecimento jurisdicional da imputação inicial (*procesamiento*); 6) prisão; 7) liberação do investigado mediante fiança e outras condições, se possível.

Em juízo e acompanhado de seu defensor, o investigado é ouvido pelo juiz da instrução. Trata-se de ato indispensável para legitimar o oferecimento da acusação, num segundo momento. O indivíduo pode reservar-se o direito de permanecer calado, mas deve comparecer ao ato. Na sequência, após a produção das demais provas (oitiva de testemunhas, perícia, dentre outras), que serão deferidas (ou não, por decisão irrecorrível) pelo juiz de instrução caso as entenda pertinentes e úteis, e após a manifestação final do Ministério Público, o juiz deve exarar uma decisão acerca da situação do imputado perante aquele fato investigado. Trata-se de uma declaração provisória (até porque apelável) que pode ser incriminadora ou não, segundo haja provas suficientes ou falte prova suficiente para o *procesamiento*. De qualquer forma, é condição de validade da acusação, que não pode ser oferecida sem essa decisão prévia do juiz da instrução, nos casos em que a investigação é realizada por ele mesmo<sup>72</sup>; aliás, é o

---

<sup>72</sup> “Hay una línea de congruencia entre procesamiento y acusación, mostrada en la indispensabilidad del primero para la existencia válida de la segunda, y en la relativa inmutabilidad de los elementos de hecho. En el proceso común no es válido acusar a quien no ha sido procesado, debiendo captarse el mismo hecho fundamental. El hecho de la acusación debe responder al núcleo fáctico del procesamiento, aunque puedan variar las circunstancias,

*auto de procesamiento* que fixa os fatos que poderão ser discutidos na segunda fase, caso haja.

Note-se que três são as possíveis decisões a que pode chegar o juiz de instrução: *procesamiento*, *falta de mérito* ou *sobreseimiento*. O *procesamiento*, como adiantado, é a decisão na qual ele entende haver prova suficiente do fato e da autoria que recomendem o julgamento do investigado pelo fato a ele imputado (seria, se pudesse ser comparado ao sistema brasileiro, a decisão de pronúncia no rito do Júri). A *falta de mérito* é a decisão intermediária entre o *procesamiento* e o *sobreseimiento*, na qual o juiz, reconhecendo que não há, ainda, provas suficientes para o *procesamiento* e tampouco provas suficientes para liberar definitivamente o investigado, determina que se aguarde até que novas provas apareçam e possa se resolver, definitivamente, a questão (novamente, se possível comparar-se com o direito brasileiro, seria a decisão de impronúncia do rito do Júri). Finalmente, o *sobreseimiento*. Trata-se de uma espécie de julgamento antecipado do caso penal, que pode se dar tanto no sumário quanto no julgamento, quando: a) o fato não foi praticado; b) o investigado não participou do fato; c) o fato não é típico; d) existe uma causa de justificação ou escusas absolutórias; e) está presente uma das causas extintivas da punibilidade; f) há dúvida sobre a situação investigada e não seja razoável promover uma instrução suplementar. Essa decisão é definitiva e irrevogável, assemelhando-se a uma absolvição, especialmente porque impede que o indivíduo venha a ser investigado, no futuro, pelo mesmo fato (esta, ao contrário das duas primeiras, não existe no direito brasileiro, que só prevê a absolvição sumária nas hipóteses do art. 411 do CPP, no rito do Júri, em hipótese mais restritas). Uma das três situações será requerida pelo Ministério Público quando de sua manifestação final nesta fase.

---

*ampliarse algunos elementos no esenciales, o modificarse la valoración jurídica en cualquiera de sus aspectos. En cambio, en la investigación penal preparatoria a cargo del fiscal (Ministerio Público), como no hay procesamiento, la congruencia indispensable sobre el mismo hecho fundamental comprende únicamente al núcleo fáctico esencial imputado en la declaración indagatoria y el atribuido en la requisitoria conclusiva de citación a juicio".* CLARÍA OLMEDO, Jorge A. **Derecho procesal penal**. Tomo II..., p. 505.

Com a decisão de *procesamiento*, é lícito ao órgão acusador deduzir a acusação (*acusación*) ainda perante o juiz da instrução. Neste momento, o Ministério Público pede a “elevação da causa a juízo” (*elevación de la causa a juicio*), exercendo a ação penal. A acusação, vale ressaltar, deve obedecer a requisitos formais, tais como a identificação do acusado, a descrição clara, precisa, circunstanciada e específica do fato, qualificação jurídica do fato, entre outros. Oferecida a acusação, é dado prazo à defesa para que contra ela se pronuncie (de regra pedindo o *sobreseimiento*), apresente questões prévias ou pugne por qualificação jurídica diversa do fato – uma espécie de defesa prévia. Tendo se manifestado acusação e defesa, cabe ao juiz de instrução decidir sobre o processamento ou não da acusação. Em caso positivo, exara o *auto de elevación a juicio* (que também deve seguir alguns requisitos formais determinados em lei<sup>73</sup>) e envia os autos para o juiz competente para o julgamento.

A segunda fase da jurisdição penal é o julgamento que, não obstante tenha pretensão de possuir feição acusatória, ainda deixa a gestão da prova nas mãos do julgador. Em todo caso, reúne muito mais características do sistema acusatório do que a fase do sumário: não pode, em hipótese alguma, ser realizado à revelia do acusado, no procedimento com debate oral as audiências são todas públicas, enfim, procura-se garantir o contraditório e a ampla defesa em todos os momentos. Ressalte-se que a ação civil *ex delicto* poderá ser decidida juntamente com o caso penal, caso exercida pelo legitimado.

Dois ritos podem ser seguidos, ainda hoje, no julgamento dos casos penais: o procedimento escrito e o procedimento com debate oral. Ressalte-se

---

<sup>73</sup> “El auto de elevación a juicio deberá contener, bajo pena de nulidad: la fecha; los datos personales del imputado, o si se ignoraren, los que sirvan para identificarlo; el nombre del actor civil y del demandado civil si los hubiera; una relación precisa, clara, circunstanciada y específica del hecho; su calificación legal y la parte dispositiva. Cuando hubiere varios imputados, la decisión deberá dictarse con respecto a todos, aunque uno solo de los defensores haya deducido excepciones o se hubiere opuesto a la elevación. El auto de remisión será apelable – en algunos códigos – únicamente por el defensor del imputado que se hubiere opuesto o planteado la excepción; en otros rituales, como por ejemplo el Código de la Nación (art. 352), el auto de elevación a juicio es inapelable”. CLARÍA OLMEDO, Jorge A. **Derecho procesal penal**. Tomo III..., p. 47.

que em sua imensa maioria as províncias adotam o segundo procedimento, com vistas a um processo mais democrático. O procedimento escrito, por outro lado, é mantido ainda nas províncias de *Santa Fe* e *San Luis* (nesta apenas para o julgamento dos delitos mais leves, entendidos como aqueles cuja pena máxima é inferior a seis anos), mantendo-se a tradição do já revogado Código de Processo Penal Nacional, substituído pelo atual que prevê o procedimento com debate oral como única via legítima para administrar a justiça em matéria penal (eis a efetiva autonomia das províncias de que antes se falou).

No procedimento escrito, a acusação é recebida e, em seguida, dá-se vista à defesa para se manifestar. Se não há alegação de questões prévias (incompetência, nulidades, etc.) ou se forem rechaçadas, a acusação é imediatamente submetida ao debate e decisão. De regra, as partes se conformam com as provas produzidas no sumário, sem indicação de outros meios de prova a serem realizados nessa fase. Não obstante, têm o direito de requerer a produção de novas provas, o que será deferido ou não pelo tribunal (decisão esta apelável). Cabe ao tribunal, da mesma forma, determinar a produção de provas de ofício, se entender necessário. A discussão consiste no estudo particular das partes sobre os elementos contidos nos autos que, após a análise, apresentam as devidas alegações (orais ou por memoriais). Após, abre-se o prazo para o tribunal sentenciar, decidindo pela condenação ou absolvição.

Por outro lado, no procedimento com debate oral, prevalente no sistema processual penal argentino e bastante semelhante para todas as províncias que o adotam, o julgamento do caso penal se dá de maneira distinta, em três momentos: 1) atos preliminares; 2) debates orais; 3) decisão.

Nos *atos preliminares*, a finalidade é de preparar a sessão de julgamento. São realizados na forma escrita, com ampla participação da defesa, e a publicidade restringe-se às partes. Estas podem apresentar requerimento de provas novas (cujo deferimento caberá ao tribunal) ou apenas pedir a reapresentação das provas já produzidas no sumário. É dado ao tribunal realizar instrução suplementar, se entender necessário. Com as provas, marca-se o dia



para o início dos debates e todos são intimados a comparecer. A audiência para os *debates* é, de regra, oral, pública, contraditória e contínua, podendo, no entanto, os debates se desenvolverem em mais de uma audiência, quando necessário. A abertura dos debates se dá com a leitura dos atos de imputação. Em seguida, é tomada a declaração do imputado, são apresentadas as provas, há a discussão entre as partes e, finalmente, é dada novamente ao acusado a oportunidade de se manifestar sobre tudo o que se falou. Encerrada a fase dos debates, passa-se à decisão. O tribunal é formado por três juízes que através de deliberação secreta chegarão à decisão do caso, a qual será expressa na sentença, devidamente justificada, de condenação ou absolvição. Elaborada a sentença, ela é lida para as partes, que ficam, desde então, dela intimadas.

Assim, conhecidas, ainda que brevemente, as formas de processamento e julgamento dos casos penais na Argentina, parece então possível examinar as hipóteses previstas para o controle da atividade jurisdicional, especificamente quanto às decisões.

Há, no sistema processual penal argentino, uma série de recursos: *reposición, apelación, casación, de inaplicabilidad de ley e de inconstitucionalidad*. Há, ainda, ação impugnativa autônoma de *revisión* que visa corrigir eventuais injustiças cometidas em sentenças condenatórias.

A ação de revisão (*revisión*), de fato, tem por finalidade reverter a injustiça do pronunciamento condenatório com base em circunstâncias de fato que não puderam ser levadas em consideração pelo juiz (ou tribunal) no momento da condenação. As hipóteses são restritas, previstas de forma distintas nos códigos provinciais. É cabível apenas das sentenças condenatórias definitivas e pode ser proposta a qualquer tempo pelo condenado, seus representantes legais e pelo Ministério Público. Ocorre que, como nos demais sistemas, a revisão não se destina propriamente a um controle da atividade judicial, justamente porque o erro judiciário eventualmente constatado não se deve ao magistrado que exarou a condenação – os fatos novos não puderam ser por ele analisados na época. Não é, repita-se, uma verdadeira via de controle da atividade judicial.

A *reposición*, segundo JORGE CLARÍA OLMEDO, sequer pode ser considerada um recurso estrito, por carecer de efeito devolutivo. Na verdade, o que se faz através da *reposición* é pedir para que o mesmo juiz que exarou uma determinada decisão, que causou gravame, revogue seu pronunciamento, sem que seja necessário recorrer à Segunda Instância para isso, por economia processual. É, em verdade, muito mais um simples pedido de reconsideração do que um recurso propriamente dito e acaba não configurando, em suma, uma forma de controle jurisdicional sobre a decisão, pois não há o reexame desta por outro tribunal.

A *apelación* é um recurso ordinário (de requisitos genéricos) cabível das decisões interlocutórias exaradas durante o processamento do caso penal. É cabível também das sentenças do procedimento escrito, sobretudo quando o tribunal de julgamento é formado por apenas um juiz (que é o de costume). Não cabe, porém, das sentenças exaradas no procedimento com debate oral, o que será comentado mais adiante. O juízo *ad quem* será sempre de instância superior, o que dependerá da organização judiciária de cada província ou se se trata de foros federais da capital ou do interior, como visto outrora. A *apelación* sempre terá efeito devolutivo quanto à matéria impugnada e, de regra, suspensivo. Desse modo, a *apelación* argentina funciona como um Agravo de Instrumento ou Recurso em Sentido Estrito, pois se dirige precipuamente a atacar as decisões interlocutórias, tanto com relação aos fatos, quanto ao direito aplicado.

Curiosamente, o procedimento com debate oral é determinado como um procedimento de instância única, o que vai, em um primeiro momento, contra a tão defendida garantia do duplo grau de jurisdição. Por conta disso, as questões de fato decididas pelo tribunal de julgamento são imutáveis, pois não há nenhuma forma de contestá-las. As razões apontadas pela doutrina são de que a instituição da instância única confere maior celeridade aos julgamentos, maior economia processual e maior estabilidade ao direito, visto que os casos são rapidamente resolvidos (e se restitui rapidamente as coisas ao estado em que se encontravam antes da prática da infração penal). Ademais, o fato do julgamento

ser pronunciado por um tribunal colegiado, regido pelo princípio da identidade física do juiz, faz diminuir as chances de erro judiciário, até porque as questões jurídicas podem ser impugnadas mediante a cassação.

Alerta JORGE CLARIÁ OLMEDO que os recursos, a par de sua finalidade de assegurar a justiça e a correção dos pronunciamentos jurisdicionais, também – e aí está o problema – servem ao controle hierárquico dos tribunais superiores sobre os inferiores: “em geral, o regime dos recursos se origina mais do que em razões de aspiração de justiça e correção dos erros, como gosta de afirmar a doutrina tradicional, em motivos de controle hierárquico da autoridade superior sobre seus inferiores”<sup>74</sup>. E tal estrutura, originada nas monarquias absolutas, quando o rei tinha o poder sobre tudo e todos, de uma organização vertical da justiça, é muito pouco afeita aos sistemas democráticos, defende o autor argentino. De fato, e essa é uma discussão para adiante, o controle no sentido negativo da vigilância é prejudicial ao processo penal democrático.

De qualquer modo, não se pode negar a radical posição da doutrina e jurisprudência argentinas que sustentam o benefício da única instância inclusive diante do Pacto de São José da Costa Rica (art. 8º, 2, h) e do Pacto Internacional sobre Direitos Políticos e Sociais (art. 14) que, em seus textos, procuram ver assegurado ao indivíduo o duplo grau de jurisdição. Em geral, afirma JORGE E. VÁZQUEZ ROSSI (que atualizou a obra de JORGE CLARIÁ OLMEDO), doutrina e jurisprudência entendem garantido o duplo grau com os recursos extraordinários (de requisitos específicos) de cassação e o de inconstitucionalidade, vez que a decisão tomada por um tribunal colegiado oferece garantias suficientes de correção na avaliação dos fatos que, por outro lado, devido à oralidade e à imediação, não poderiam ser mais bem avaliados por um tribunal superior que não tivesse participado dos debates entre as partes. Todavia, alerta que muitas decisões equivocadas acabam tendo que prevalecer no

---

<sup>74</sup> CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. **Derecho procesal penal**. Tomo I..., p. 284: “*en general, el régimen de los recursos se origina más que en razones de aspiración de justicia y corrección de errores, como gusta exponer la doctrina tradicional, en motivos de control jerárquico de la autoridad superior sobre sus inferiores*” (tradução da autora).

sistema por conta da proibição de impugnação, o que tampouco é sustentável num sistema democrático<sup>75</sup>.

Retomando as espécies recursais<sup>76</sup>, adentra-se a análise dos recursos de estrito direito, ou seja, através dos quais não se procura o reexame dos fatos, senão que a discussão sobre questões de direito aplicáveis aos casos concretos. Sob essa classificação estão o recurso de inconstitucionalidade, o recurso de cassação e o recurso de inaplicabilidade da lei.

O *recurso de inconstitucionalidad* pode ser de impugnação extraordinária (quando interposto em face do regime interno das províncias) ou excepcional (quando referente a todos os ordenamentos judiciais do país frente à Constituição Nacional). Na primeira hipótese, tramita perante o tribunal de maior hierarquia da província, enquanto que na segunda hipótese tramita perante a Corte Suprema de Justiça. O objeto do recurso deve ser decisões de última instância que, aplicando determinada regra infraconstitucional, ofendam, em última análise, as regras e princípios constitucionais (seja das províncias, seja da nação) e tem por finalidade justamente a manutenção da incolumidade dos princípios reitores da ordem constitucional. Trata-se de recurso de fundamentação vinculada, ao qual não se aplica o *iura novit curia*, pois, do contrário, segundo JORGE CLARIÁ OLMEDO, permitir-se-ia o desequilíbrio da harmonia dos poderes do Estado, já que seria outorgada ao Judiciário a possibilidade de rever de ofício as leis infraconstitucionais. Como não tem por fundamento a uniformidade da legislação e sim, sobretudo, a garantia das normas fundamentais, é possível entender o recurso constitucional não como uma via de controle propriamente dita, mas sim como fonte de orientação para todos os juízes, na tentativa de se assegurar a democracia processual, o que é de todo recomendável até que a aplicação da Constituição (no caso, das constituições) se torne tarefa mecânica dentre os magistrados.

---

<sup>75</sup> CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. **Derecho procesal penal**. Tomo I..., p. 286-287.

<sup>76</sup> Mais adiante será retomada a questão da única instância, quando se falar do recurso de cassação.

Finalmente, a *casación*. É recurso extraordinário cabível, de regra, das sentenças definitivas, das decisões que ponham fim ao processo ou à pena ou deneguem a substituição, comutação e extinção da pena (nos termos dos arts. 458 a 462 do Código de Processo Penal da Nação). De uma maneira geral, de todas as decisões relevantes do processo que, de alguma maneira, refletem a inobservância ou errônea aplicação da lei substantiva ou a inobservância de regras que geram a inadmissibilidade, caducidade ou nulidade do processo, nos termos da lei (a falta de justificação causa a nulidade da decisão, de acordo com o art. 123 do Código de Processo Penal da Nação)<sup>77</sup>.

No que se refere ao cabimento, afirma JORGE CLARIÁ OLMEDO,

“com a expressão ‘inobservância’ se pretende captar uma conduta omissiva na aplicação do direito; omissão do ordenado pela norma ante a materialidade fixada. Por ‘errônea aplicação’ há que se entender dar à norma um significado diverso ao correspondente ao caso, ou se aplica uma norma que a ele não corresponde; a valoração jurídica resulta equivocada por defeito de aplicação ou da eleição da norma correspondente”<sup>78</sup>.

Trata-se de recurso de fundamentação vinculada, no qual devem ser indicados especificamente os pontos da decisão que estão sendo impugnados, apontando concretamente as disposições violadas, em que consiste tal vício e quais as normas que devem ser aplicadas, tudo isso de forma clara, precisa e técnica, porque aqui, tal o recurso de inconstitucionalidade, tampouco se aplica o *iura novit curia*. O julgamento da *casación* cabe ao tribunal superior do respectivo ordenamento judicial contestado, que deve exarar decisão devidamente justificada sobre o recurso (ao contrário do que se verifica na França, como visto). Se houve cassação do julgado, duas situações podem-se

<sup>77</sup> Excepcionalmente, e na contramão de todos os demais, o Código de Processo Penal da província de *La Rioja*, em seu art. 495, inciso 4º, autoriza a cassação por erro de fato na apreciação das provas, se resulta de documentos ou atos autênticos que demonstrem o equívoco evidente do juiz.

<sup>78</sup> CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. **Derecho procesal penal**. Tomo III..., p. 196: “con la expresión ‘inobservancia’ se pretende captar una conducta omisiva en la aplicación del derecho; omisión de lo ordenado por la norma ante la materialidad fijada. Por ‘errónea aplicación’ hay de entenderse que se da a la norma un significado diverso al correspondiente al caso, o se aplica una norma que no corresponde; la valoración jurídica resulta equivocada por defecto de interposición o de elección de la norma correspondiente” (tradução da autora).

verificar: 1) em caso de vício *in procedendo*, o caso é remetido a outro juízo de mesma competência do originário; 2) em caso de *error in judicando*, o próprio tribunal decide.

Nas províncias de *Buenos Aires* e *Santa Fe* há, ainda, a previsão do *recurso de inaplicabilidad de ley*, como um reforço da *casación*. Também é um recurso extraordinário que visa corrigir a errônea aplicação da lei material e processual nos casos concretos, de fundamentação vinculada e cujo objetivo é o mesmo da *casación*.

Resgatando discussões já realizadas, é preciso lembrar que a cassação, na sua origem, tem duas funções: uma normativa (estabelecer a unidade de interpretação do direito) e outra disciplinar (controlar a atividade dos juízes de instância inferior), ambas questionáveis. Porém, na Argentina, a cassação torna-se ainda mais relevante diante da determinação dos julgamentos em única instância para o procedimento com debate oral, antes ressaltado. Dessa forma, o controle imposto pela cassação pode ser a última esperança para as partes, mesmo com todas as limitações a ela inerentes. É bem verdade que a confiança nos juízes de julgamento revela-se bem maior ante a imutabilidade concedida às suas decisões quanto aos fatos, o que significa, por outro lado, certa limitação na discussão do caso pelas partes que, nestas hipóteses, só poderão recorrer quanto ao direito. Não obstante, para o tema que se está a tratar no presente trabalho, sem dúvidas a Argentina tem um sistema diferenciado de controle sobre a atividade judicial: as decisões exaradas durante o processo são recorríveis quanto aos fatos e quanto ao direito, mas as sentenças definitivas, como regra, não o são senão com relação às questões de direito.

DANIEL R. PASTOR adverte, no entanto, que como as sentenças podem ser impugnadas por ocorrência de nulidade e a falta de justificação da sentença é reconhecida pelo ordenamento como uma hipótese de vício do ato, bem como a sua incoerência interna (art. 404 Código Processual Penal da Nação

Argentina<sup>79</sup>), esta tem sido uma maneira de eliminar sentenças injustas também por motivos de fato, ou seja, é possível, por esse motivo, controlar as conclusões judiciais acerca do material fático sobre o qual se dá a aplicação do direito e, ainda, sobre o procedimento de aquisição e apreciação das provas, que funda (ou deveria fundar) o convencimento sobre os fatos<sup>80</sup>. O sistema, portanto, é facilmente burlado.

Absolutamente contrário a esse sistema de impugnação que classifica autoritário, porque dá mais ênfase ao direito do que ao caso concreto, DANIEL R. PASTOR defende que nos Estados constitucionais de direito todo erro que prejudica o indivíduo tem a mesma gravidade e deve poder ser impugnado. Por tal razão, segundo ele, deve a cassação ser transformada em um recurso amplo, para proteger, em última análise, o indivíduo de todo e qualquer arbítrio judicial<sup>81</sup>.

Em verdade, em princípio, a idéia da instância única parece interessante na medida em que, repita-se, deposita maior confiança no julgador penal. Todavia, num segundo momento, cabe questionar por que essa confiança não lhe foi dada por inteiro, vale dizer, também no que se refere às questões de direito. Ao que parece, assiste razão a DANIEL R. PASTOR quando afirma ser a cassação um meio de impugnação autoritário, que é, ao final, travestido de democrático (pois permite o reexame da questão de direito em benefício das partes). É evidente que a questão fática é colocada ainda em segundo plano (como, aliás, sempre foi) e ainda se procura determinar como devem os juízes das instâncias inferiores agir no exercício da função jurisdicional, na ilusória pretensão de uniformizar a interpretação do direito (aliás, o que se tem é justamente a discussão dos fatos, com um discurso construído para chamá-la de discussão sobre o direito). Até porque, como visto, reconhece-se como no

---

<sup>79</sup> “Art. 404. La sentencia sera nula si: 1) El imputado no estuviere suficientemente individualizado. 2) Faltare o fuere contradictoria la fundamentación. 3) Faltare la enunciación de los hechos imputados. 4) Faltare o fuere incompleta en sus elementos esenciales la parte resolutive. 5) Faltare la fecha o la firma de los jueces o del secretario”.

<sup>80</sup> PASTOR, Daniel R. **La nueva imagen...**, p. 55.

<sup>81</sup> PASTOR, Daniel R. **La nueva imagen...**, p. 206 e seguintes.

mínimo questionável a tradicional separação entre fato e direito, do que se falará mais adiante.

### 1.3. A REALIDADE BRASILEIRA

O sistema processual penal brasileiro, à semelhança dos anteriores, na concepção da doutrina tradicional, é misto, com inspiração no sistema francês reformado ou napoleônico: conta com uma primeira parte inquisitória (o Inquérito Policial) e outra, segunda, acusatória (o processo penal). Em verdade, como bem ressalta JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO, na esteira de KANT, não há sistemas mistos, sob pena de desconfiguração do sistema processual. Por outro lado, tampouco existem sistemas puros (puramente acusatório ou puramente inquisitório) e é nesse sentido que devem ser pensados os sistemas atuais como mistos, vez que “misto significa ser, na essência, inquisitório ou acusatório, recebendo a referida adjetivação por conta dos elementos (todos secundários), que de um sistema são emprestados ao outro”<sup>82</sup>. Neste passo, o sistema processual penal brasileiro é misto, essencialmente inquisitório, visto que a gestão da prova encontra-se nas mãos dos juízes<sup>83</sup>. Essas considerações iniciais são fundamentais para adentrar a lógica na qual opera o processo penal brasileiro (aliás, a mesma dos três sistemas anteriormente visitados). Lógica esta, ressalte-se, bastante autoritária em razão do momento em que se “implantou” o atual Código de Processo Penal: 1941, em plena ditadura Vargas, mediante decreto-lei (Decreto-Lei n. 3689/41).

A justiça criminal no Brasil, como se sabe, compõe-se da Justiça Eleitoral (competente para julgar os crimes eleitorais, com as ressalvas do art. 102, I, b e c, e art. 105, I, a, da Constituição da República), da Justiça Militar (para julgar os crimes militares próprios e impróprios, previstos no art. 9º do Código Penal Militar) e a Justiça Comum Federal (para julgar os crimes federais,

---

<sup>82</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito**. Curitiba: Ed. UFPR, a. 30, n. 30, 1998, p. 167.

<sup>83</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais..., p. 165-167.



previstos no art. 109, IV, V, V-A<sup>84</sup>, VI, IX e X) e a Estadual (para julgar todos os demais crimes e as contravenções penais). Para o presente trabalho, o exame se restringe especificamente à Justiça Comum.

Quanto à organização da Justiça, tem-se os juízes de primeiro grau (substitutos, de direito ou federais) que examinam os casos penais em primeira instância – que podem ser singulares ou colegiado (é o caso do Tribunal do Júri, por exemplo, competente para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, formado por um juiz togado e sete juízes leigos); em segundo grau estão os Tribunais (agora só de Justiça, com a extinção definitiva dos Tribunais de Alçada, pela Emenda Constitucional n. 45/2004), compostos por Desembargadores e as Turmas Recursais (compostas por juízes de primeiro grau, que atuam perante os Juizados Especiais Criminais) responsáveis pelo reexame das questões decididas pelos juízes de primeiro grau e, acima destes, encontra-se o Superior Tribunal de Justiça, criado com a Constituição de 1988, que vela pela aplicação uniforme do direito federal e, finalmente, o órgão mais elevado da organização judiciária brasileira, o Supremo Tribunal Federal, responsável pela observância do texto constitucional (estes dois últimos, no entanto, não caracterizam um terceiro grau de jurisdição)<sup>85</sup>.

Na esfera criminal, a intervenção do Estado (necessária, pois não há pena sem processo) precisa de provocação para se realizar nos casos concretos. Assim é que, ocorrido o delito, deve ser feita a notícia do crime à autoridade policial, ao membro do Ministério Público ou à autoridade judicial, e a primeira, de regra, determina a instauração do procedimento administrativo de Inquérito Policial<sup>86</sup>, a fim de realizar as investigações necessárias para servir de base à propositura – ou não – da ação penal, num momento posterior, pelo legitimado (Ministério Público ou ofendido)<sup>87</sup>. Nesta fase, a autoridade policial deve realizar todas as diligências necessárias para o levantamento do maior número de

---

<sup>84</sup> Inserido pela Emenda Constitucional n. 45/2004.

<sup>85</sup> Para visualizar a organização judiciária brasileira, veja-se anexo n. 04.

<sup>86</sup> Criado com a Lei n. 2033, de 1871, regulamentada pelo Decreto-Lei n. 4824, do mesmo ano, mantido no Código de Processo Penal vigente.

<sup>87</sup> Note-se que esta deveria ser a única e exclusiva função do Inquérito Policial, no sistema atual.

elementos sobre o fato ocorrido (art. 6º e 7º do CPP). Trata-se de procedimento inquisitório, em que as partes, até mesmo o Ministério Público (claro que não tanto quanto as partes), têm participação muito reduzida, muitas vezes nenhuma. O indiciado é mero objeto de investigação e sequer pode efetivamente trazer elementos de prova para o seu benefício (embora o art. 14 do CPP o permita requerer à autoridade policial as diligências que entender necessárias)<sup>88</sup>. Terminadas as diligências, a autoridade policial redige um relatório, colocando fim ao Inquérito, encaminhando os autos ao juízo competente.

Este, verificado através dos critérios de determinação da competência (material, territorial e funcional) e em respeito ao princípio do juiz natural, recebe os autos de Inquérito e os encaminha, imediatamente, ao Ministério Público, titular do direito de ação na grande maioria dos casos.

De posse do Inquérito, o órgão do Ministério Público pode tomar três providências: pedir diligências complementares à autoridade policial, requerer o arquivamento do inquérito policial, quando faltar uma das condições da ação (art. 43 do CPP) ou exercer a ação penal, quando presentes as referidas condições – genéricas (tipicidade aparente, legitimidade das partes, punibilidade concreta e justa causa<sup>89</sup>) e específicas (representação do ofendido, requisição do Ministro da Justiça, exaurimento da via administrativa nos delitos tributários, dentre outras).

O sistema processual penal brasileiro comporta uma série de procedimentos diversos, determinados ora pelo sujeito ativo do delito, ora pela espécie do crime, ora pela qualidade da pena, dentre outros. Assim como na análise dos demais países, restringe-se ao exame do procedimento comum ordinário, verificado na grande maioria dos processos em andamento, previsto nos artigos 394 a 405 e 498 a 502, do Código de Processo Penal, destinado ao

---

<sup>88</sup> CPP, art. 14. “O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade”.

<sup>89</sup> Sobre o tema, ver: BREDÁ, Antonio Acir. Efeitos da declaração de nulidade no processo penal. **Ajuris – Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, a. 8, n. 21, p. 48-67, março de 1981 e COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A natureza cautelar da decisão de arquivamento do inquérito policial. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 18, n. 70, p. 49-58, abril/junho 1993.

processamento dos crimes apenados com reclusão, que não comportam rito especial nem por prerrogativa de função. Segundo esse procedimento, oferecida a denúncia, cabe ao juiz realizar o juízo de admissibilidade (momento em que verifica se a inicial cumpre os requisitos do art. 41 do CPP e se estão presentes as condições da ação) da inicial acusatória que, se positivo ou negativo, instaura o processo penal. Se positivo, na mesma decisão em que recebeu a denúncia – que deve ser expressa e devidamente fundamentada, com todo respeito da posição ainda dominante dos Tribunais Superiores<sup>90</sup> – determina a citação do acusado e designa data para o interrogatório. Após a citação válida e a oitiva do acusado (que deve obedecer às regras do CPP, modificadas pela Lei n. 10.792/03), abre-se prazo para a defesa apresentar as alegações preliminares (art. 395). Na sequência, são produzidas as provas requeridas pelas partes e deferidas pelo juiz (gestor da prova que pode, a qualquer momento, se entender necessário, determinar a produção de provas de ofício, como resta claro da simples leitura do art. 156, do Código de Processo Penal), sendo, como regra, ouvidas as testemunhas da acusação e da defesa e, ao final da colheita das provas requeridas, abre-se nova vista às partes para, querendo, requererem provas complementares (art. 499). Encerrada a produção probatória, abre-se o momento em que as partes devem sobre ela se manifestar, através das alegações finais (art. 500), seguindo-

---

<sup>90</sup> STF: “O despacho que recebe a denúncia ou a queixa, embora tenha também conteúdo decisório, não se encarta no conceito de decisão, como previsto no art. 93, IX, da Constituição, não sendo exigida a sua fundamentação (art. 394 do CPP); a fundamentação é exigida, apenas, quando o juiz rejeita a denúncia ou a queixa (art. 516 do CPP). Precedentes” (HC 72286-5-PR – DJU de 16-2-96, p. 2.998); STF: “O Código de Processo Penal não reclama explicitude ao ato de recebimento judicial da peça acusatória. O ordenamento processual penal brasileiro não repele, em consequência, a formulação, pela autoridade judiciária, de um juízo implícito de admissibilidade da denúncia” (RT 692/343-4); STJ: “Toda decisão judicial deve ser fundamentada, sob pena de nulidade (Const., art. 93, IX). O despacho de recebimento da denúncia impõe consideração especial. O juiz não pode antecipar o julgamento. Resulta das provas recolhidas na instrução criminal. Em consequência, não pode, no despacho inicial, decidir se há crime, ou não. Cumpre restringir-se a analisar as condições da ação e existência, em tese, de fato-infração penal. Praticamente, o despacho seria o seguinte: Partes legítimas, denúncia formal e materialmente idônea, inoccorrência de extinção da punibilidade. Evidente, excessivo amor à forma exigir despacho desse teor”. (RHC 5.242-SP – DJU de 24-6-96, p. 22.814). MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 212-213.

se a elas a sentença do magistrado competente (absolutória, condenatória ou terminativa de mérito<sup>91</sup>).

Este rito é o padrão no sistema processual penal brasileiro, sendo todos os demais mera variação deste, seja porque comportam um ato ou outro a mais, seja porque concentram a instrução e o julgamento em um mesmo momento, com exceção do rito sumaríssimo, que comporta um regramento totalmente distinto dos demais<sup>92</sup>. De qualquer maneira, em primeiro grau, a prestação jurisdicional para o acerto do caso penal acaba com a decisão do magistrado de primeiro grau (regra) ou com o veredicto do Conselho de Sentença seguido da aplicação da pena pelo Juiz Presidente do Tribunal do Júri (nos crimes dolosos contra a vida).

Não se pode esquecer que, apesar do CPP datar de 1941, a luta diária dos operadores do direito é para que ele seja lido e efetivado a partir da Constituição, vez que em grande parte incompatível com a Carta Magna de 1988, com todas as garantias por ela asseguradas, dentre elas o devido processo legal, o juiz natural, o duplo grau de jurisdição, a exigência de processo para aplicação da pena, a exigência de ordem da autoridade competente para realizar a prisão, a proibição da utilização das provas ilícitas, a exigência de motivação de todas as decisões jurisdicionais e administrativas, etc., luta essa, porém, muitas vezes tolhida pelo próprio Supremo Tribunal Federal, diante de decisões reacionárias.

Da mesma maneira dos sistemas já analisados, é sobretudo através das vias recursais que se dá o controle dos atos jurisdicionais. Embora o sistema seja informado pelo princípio do duplo grau de jurisdição, implicitamente previsto na Constituição de 1988, não se pode esquecer que para o processo penal se aplica o princípio da irrecorribilidade das decisões interlocutórias, ao contrário do que acontece com o processo civil. Nessa medida, é de fundamental importância para

---

<sup>91</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 25.ed. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 239.

<sup>92</sup> Veja-se a Lei n. 9099/95.

o processo penal a classificação dos pronunciamentos jurisdicionais, do que depende o cabimento ou não de determinado recurso<sup>93</sup>.

Assim como existe uma série de procedimentos distintos, antes ressaltado, existem diversos recursos previstos no Código de Processo Penal e nos regimentos internos dos Tribunais, alguns de maior utilização, outros praticamente esquecidos, como a Carta Testemunhável, por exemplo. São eles: Apelação, Recurso em Sentido Estrito, Protesto por Novo Júri, Embargos de Declaração, Embargos Infringentes, Carta Testemunhável, Agravo em Execução, Agravo de Instrumento (especificamente para os casos de interposição de Recurso Especial e Extraordinário), Correição Parcial, Recurso Especial, Recurso Extraordinário, dentre outros<sup>94</sup>. A existência de um extenso rol de recursos, novidade até aqui se tomados em consideração os demais sistemas analisados, comporta, no mínimo, duas interpretações: 1) a alta desconfiança na atividade judicial, o que faz com que sejam criadas várias formas de controlá-la; 2) a intenção de dar às partes várias oportunidades para intervir, buscando a regularidade da prestação jurisdicional, diante da função altamente controladora do processo que detém o juiz<sup>95</sup>. A par dos recursos, o sistema processual penal prevê ainda as ações impugnativas autônomas: Revisão Criminal (para correção de erro judiciário), Habeas Corpus (para impedir ou cessar cerceamento do direito de liberdade) e Mandado de Segurança Criminal (para cessar ato de constrangimento ilegal que não seja objeto de Habeas Corpus).

Sem desmerecer todos os outros, o trabalho se concentra na análise dos mais interessantes dentre todos os recursos para efeitos de controle da atividade judicial e que suficientemente representam o sistema implantado: apelação,

---

<sup>93</sup> Assim, é preciso novamente adotar a classificação de FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, especialmente na diferenciação entre decisões interlocutórias simples ou mistas, vez que daquelas só caberão recursos se previstos expressamente em lei, enquanto destas o recurso é sempre cabível, ora em sentido estrito, ora apelação.

<sup>94</sup> Para uma visão geral dos recursos no processo penal brasileiro, ver: GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no processo penal**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

<sup>95</sup> Vale lembrar que sobre o tema dos recursos está ainda em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei 4206/2001, que reduz as espécies recursais ao Agravo, Apelação, Embargos de Declaração, Recurso Especial e Recurso Extraordinário.

recurso em sentido estrito, recurso especial e recurso extraordinário. Vale lembrar que todos os recursos se submetem a um duplo juízo de admissibilidade (realizado pelo juízo *a quo* e pelo juízo *ad quem*), momento em que é verificado se estão presentes os pressupostos recursais subjetivos (legitimidade e sucumbência) e objetivos (recorribilidade, tempestividade, motivação e regularidade), para, só então, se positivo o juízo de prelibação, passar o juízo *ad quem* à análise do mérito (juízo de delibação).

A *apelação* está prevista nos arts. 593 a 603 do CPP – além de outras hipóteses na legislação esparsa<sup>96</sup> – e é cabível para impugnação das sentenças definitivas de condenação, absolvição ou terminativas de mérito (art. 593, I), das decisões com força de definitivas (art. 593, II, também chamadas de interlocutórias mistas<sup>97</sup>, das quais não cabe recurso em sentido estrito) e das decisões do Tribunal do Júri, nas hipóteses expressa e restritamente previstas no inciso III, do art. 593: a) se ocorrer nulidade posterior à pronúncia, b) se a sentença do juiz presidente for contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados, c) se houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança ou d) se a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos (esta a hipótese mais amplamente utilizada e bastante questionável).

Tal recurso pode ser proposto, de regra, por todo aquele que sucumbiu, nos termos do art. 577, do CPP, e o seu efeito devolutivo, quanto à extensão, restringe-se à matéria impugnada e àquela que pode ser conhecida de ofício (condições da ação, pressupostos processuais, nulidades absolutas) e, dentro do que foi impugnado, pode o juízo *ad quem* analisar as matérias em toda sua profundidade. Ao Tribunal (de Justiça ou Regional Federal) cabe o completo reexame do caso para o julgamento do recurso e, de regra, ao decidir, se der provimento à impugnação, sua decisão substitui aquela exarada pelo juiz de

---

<sup>96</sup> A exemplo da Lei de Imprensa, n. 5.250/67.

<sup>97</sup> Na definição de FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, as decisões interlocutórias mistas são aquelas que decidem uma questão processual e a) põe fim a uma fase do procedimento – ex. a decisão de pronúncia ou b) põe fim ao processo sem julgamento do mérito – ex. decisão que acolhe exceção de coisa julgada. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 25.ed. v. 4..., p. 240.

primeiro grau, salvo se, por exemplo, reconhecer a possibilidade de examinar uma matéria não analisada ainda pelo juízo *a quo*, quando então devolve os autos à Primeira Instância, sob pena de vê-la suprimida e violar o duplo grau de jurisdição. De qualquer maneira, ressalte-se que a atividade do reexame do caso é livre, inclusive podendo ser convertido o julgamento em diligência para a produção de outras provas, se se entender necessário.

Exceção deve ser feita à apelação de decisão do Tribunal do Júri, prevista no art. 593, III, do CPP. Como ressaltado, comporta apenas quatro hipóteses taxativas e que devem ser interpretadas com muito cuidado, a fim de que não seja violada a garantia constitucional da soberania dos veredictos (art. 5º, XXXVIII, c, CR). E é justamente por conta dessa previsão da Carta Magna que a atividade do Tribunal de Justiça ou Regional Federal no julgamento desses recursos<sup>98</sup> é limitada, diferente dos demais casos. Ao contrário da apelação regular, a apelação da decisão do Tribunal do Júri é de fundamentação vinculada, isto é, o recorrente deve indicar expressamente qual é o fundamento de seu recurso (se alínea a, b, c ou d do inciso III) e o Tribunal *ad quem* não poderá conhecer de elementos que fujam à hipótese indicada (salvo as matérias que podem ser conhecidas de ofício). Assim é que, quanto à extensão do efeito devolutivo, ao Tribunal *ad quem* só cabe conhecer da matéria impugnada, nos estritos limites da alínea indicada e, dentro dela, tudo o que tiver para ser discutido. Se contextado o veredicto e o Tribunal der provimento ao recurso, a providência a ser tomada é de anulação do primeiro julgamento, remetendo o acusado a novo Júri, nada mais. Sob nenhuma hipótese, em sede de apelação para discussão do mérito do caso penal<sup>99</sup>, pode o Tribunal *ad quem* se substituir ao Tribunal do Júri exatamente por conta da soberania dos veredictos. Aqui, portanto, a atividade de controle é distinta, pois não há sobreposição do juízo

---

<sup>98</sup> Diferentemente da França e da Itália, não há uma Corte de Apelação específica para o Júri – que, aliás, não é um Escabinado, pois os juízes leigos decidem sozinhos e secretamente acerca da culpabilidade ou inocência do acusado, cabendo ao Juiz Presidente apenas a aplicação da pena ou da medida de segurança, se for o caso.

hierarquicamente superior ao inferior: o que há, em verdade, é uma verificação acerca da legalidade do julgamento (alíneas a, b e c) e da razoabilidade do veredicto (alínea d) apenas.

Outro recurso que funciona dentro da mesma lógica da apelação é o *recurso em sentido estrito*, previsto nos arts. 581 a 592 do Código de Processo Penal, além de hipóteses previstas na legislação extravagante<sup>100</sup>. A par de ser muitas vezes comparado ao Agravo de Instrumento do Código de Processo Civil, o recurso em sentido estrito tem sua peculiaridade, vez que não cabe de toda decisão interlocutória, mas apenas daquelas expressamente trazidas no extenso rol do art. 581<sup>101</sup>, sejam elas simples ou mistas<sup>102</sup>.

---

<sup>99</sup> A ressalva é necessária para se chamar atenção acerca da possibilidade da decisão do Tribunal do Júri ser substituída pela do Tribunal *ad quem* em sede de Revisão Criminal, se necessário. Atividade esta questionável diante da garantia constitucional da soberania dos veredictos.

<sup>100</sup> Também exemplo a Lei de Imprensa.

<sup>101</sup> “Art. 581. Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença: I - que não receber a denúncia ou a queixa; II - que concluir pela incompetência do juízo; III - que julgar procedentes as exceções, salvo a de suspeição; IV - que pronunciar ou impronunciar o réu; V - que conceder, negar, arbitrar, cassar ou julgar inidônea a fiança, indeferir requerimento de prisão preventiva ou revogá-la, conceder liberdade provisória ou relaxar a prisão em flagrante; VI - que absolver o réu, nos casos do art. 411; VII - que julgar quebrada a fiança ou perdido o seu valor; VIII - que decretar a prescrição ou julgar, por outro modo, extinta a punibilidade; IX - que indeferir o pedido de reconhecimento da prescrição ou de outra causa extintiva da punibilidade; X - que conceder ou negar a ordem de habeas corpus; XI - que conceder, negar ou revogar a suspensão condicional da pena; XII - que conceder, negar ou revogar livramento condicional; XIII - que anular o processo da instrução criminal, no todo ou em parte; XIV - que incluir jurado na lista geral ou desta o excluir; XV - que denegar a apelação ou a julgar deserta; XVI - que ordenar a suspensão do processo, em virtude de questão prejudicial; XVII - que decidir sobre a unificação de penas; XVIII - que decidir o incidente de falsidade; XIX - que decretar medida de segurança, depois de transitar a sentença em julgado; XX - que impuser medida de segurança por transgressão de outra; XXI - que manter ou substituir a medida de segurança, nos casos do art. 774; XXII - que revogar a medida de segurança; XXIII - que deixar de revogar a medida de segurança, nos casos em que a lei admita a revogação; XIV - que converter a multa em detenção ou em prisão simples”.

<sup>102</sup> Projeto de Lei n. 4.026/2001, art. 1º: “Art. 583. O agravo será, em regra, retido, podendo ser de instrumento da decisão que: I - receber a denúncia ou a queixa ou rejeitá-la parcialmente; II - declarar a incompetência do juízo; III - rejeitar exceção processual; IV - pronunciar o acusado; V - deferir, negar, arbitrar, cassar, julgar idônea ou quebrada a fiança ou perdido o seu valor; deferir ou indeferir requerimento de prisão temporária ou preventiva, ou revogá-las; deferir ou indeferir liberdade provisória, relaxar ou manter a prisão em flagrante e deferir ou indeferir medidas cautelares; VI - declarar lícita ou ilícita a prova; VII - conceder ou negar liminar em habeas corpus; VIII - indeferir pedido de extinção da punibilidade; IX - conceder, negar ou revogar a suspensão condicional da pena; X - anular parcialmente o processo; XI - suspender o processo; XII - julgar o incidente de falsidade; XIII - for proferida pelo juiz da execução.”(NR)



Pode ser proposto também, de regra, por aquele que sucumbiu, a teor do art. 577 do CPP e, apresentadas as razões e contra-razões, ao juízo *a quo* é dada uma nova oportunidade de se manifestar, para dizer se mantém ou não a decisão impugnada (juízo de retratação, previsto no art. 589 do CPP). Mantida a decisão, remete-se o caso ao Tribunal para julgamento (pode ser por instrumento ou não). Da mesma forma como na apelação, a atividade do Tribunal é de reexame do caso apenas quanto à matéria impugnada e aquelas que podem ser analisadas de ofício e, dentro delas, com profundidade. A atividade, nos casos de provimento do recurso, é de substituição da decisão de primeiro grau, salvo se se tratar de exame de matéria não analisada pelo juízo *a quo*, tal como na apelação comum.

Necessário se faz, neste momento, analisar outros dois recursos: o *recurso especial* e o *recurso extraordinário*. São recursos de natureza extraordinária (pois exigem requisitos especiais, a exemplo do prequestionamento) e de fundamentação vinculada, devendo o recorrente indicar expressamente qual é a específica hipótese de cabimento.

Cabe recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça, nos termos do art. 105, III, da Constituição da República, das decisões exaradas em causas decididas em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, Distrito Federal ou Territórios quando: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal<sup>103</sup>; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal. Cabe, por sua vez, recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, segundo o disposto no art. 102, III, da CR, das decisões das causas decididas em única ou última instância que: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei

---

<sup>103</sup> Redação nova dada pela Emenda Constitucional n. 45/2004. Redação anterior: “b) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal”.

federal<sup>104</sup>. Além disso, no recurso extraordinário, o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, somente podendo deixar de ser conhecido pela manifestação de dois terços dos membros do STF<sup>105</sup>. O procedimento a ser observado em ambos é trazido pela Lei n. 8.038/90, arts. 26 a 29 e há diversas súmulas que também disciplinam tais recursos, tanto do STJ<sup>106</sup> quanto do STF<sup>107</sup>.

Esta simples exposição das hipóteses de cabimento dos dois recursos já permite concluir que ambos se destinam apenas à tutela do direito federal e constitucional, razão pela qual são chamados pela doutrina de recursos de estrito direito<sup>108</sup>. Antes da Emenda n. 45, ao STF incumbia apenas o reexame de *questões de direito constitucional federal*, enquanto ao STJ era atribuída a competência para julgar, mediante recurso especial, as *questões de direito federal infraconstitucional*. Atualmente, no entanto, ao STF também cabe a análise do direito federal, segundo preceitua a nova alínea “d”, inciso III, do art. 102 da CR<sup>109</sup>, que é vista também como uma questão constitucional. De qualquer maneira, justamente por tal característica, tais recursos não integram o duplo grau

<sup>104</sup> Alínea acrescentada pela Emenda Constitucional n. 45/2004.

<sup>105</sup> Art. 102, § 3º, inserido pela Emenda Constitucional n. 45/2004.

<sup>106</sup> Súmulas n. 07, 13, 83, 126, 203 e 207.

<sup>107</sup> Súmulas n. 210, 279, 280, 281, 282, 284, 285, 286, 287, 288, 291, 292, 299, 356, 369, 399, 400, 456.

<sup>108</sup> Tal como a Professora TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, em seu livro **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória – recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

<sup>109</sup> LUIZ RODRIGUES WAMBIER, TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER e JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA, ao tratarem das modificações inseridas pela EC n. 45, especificamente sobre o art. 102, III, d, explicam a razão da mudança, embora tenham algumas críticas pertinentes à reforma logo na sequência: “A alínea *d* foi incluída no inciso III do art. 102 da Constituição para estabelecer que caberá recurso extraordinário – e não especial – contra acórdão que julgar *válida* lei local *contestada* em face de lei federal. É que, nesse caso, a controvérsia que se põe não concerne meramente à legislação infraconstitucional. Em verdade, a disputa diz respeito à distribuição *constitucional* de competência para legislar: se a lei local está sendo contestada em face da lei federal, é porque se sustenta que ela tratou de matéria que, por determinação constitucional, haveria de ser disciplinada pelo legislador federal. Já na hipótese da alínea *b* do inciso III do art. 105, [...] trata-se de cabimento de recursos especial contra acórdão que reputa válido *ato de governo* (i.e., ato público infralegal) em face de lei federal. Neste caso, o problema é de mera legalidade: trata-se de saber se o ato infralegal respeitou a lei federal”. WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José

de jurisdição, vale dizer, não constituem o rol dos direitos fundamentais do indivíduo, vez que a garantia é de reexame das decisões, por uma única vez, o que é feito no âmbito dos Tribunais de Apelação. Do contrário, o STJ e o STF funcionariam como um terceiro grau de jurisdição<sup>110</sup>.

São legitimados à sua propositura os mesmos elencados no art. 577 do CPP, isto é, o Ministério Público, o querelante, o réu, seu procurador ou seu defensor e também o ofendido, nas mesmas condições em que pode recorrer supletivamente (Súmula 210 STF), desde que tenham sucumbido.

Cabe ao STJ e STF, então, apenas a análise das chamadas questões de direito, em qualquer de suas hipóteses de cabimento, não sendo possível a interposição dos recursos para o mero reexame de prova, tal como preceituam as Súmulas n. 07, do STJ (“a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”) e 279, do STF (“para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”). Neste passo, resta fundamental discernir o que vem a ser uma questão de direito e uma questão de fato, distinção esta problemática já verificada nos sistemas anteriormente visitados e que também no Brasil é alvo de infinitas discussões.

Para ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO SCARANCE FERNANDES e ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, o que é vedado em sede de recurso especial e extraordinário é o *simples* reexame de prova, de maneira que não estão excluídas, portanto, a reapreciação de questões referentes à disciplina legal da prova e a qualificação jurídica dos fatos constantes dos julgamentos dos recursos ordinários. Sustentam sua posição citando alguns julgados do STJ em que se reconhece a possibilidade de interposição de recurso especial para avaliar os critérios de apreciação da prova utilizados na decisão impugnada e também para discutir a qualificação jurídica de um determinado

---

Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 56.

<sup>110</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos...**, p. 25.

fato, a exemplo da discussão que se travou a respeito da “trombada” em matéria de direito penal, para se decidir se configuraria roubo ou furto<sup>111</sup>.

TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, em análise mais profunda do tema, atenta à já antiga discussão acerca da separação entre questão de fato e de direito, assume que seria impossível a distinção rigorosa entre uma e outra já que, segundo ela, “o fenômeno do direito ocorre, de fato, no momento de incidência da norma, no mundo real, no universo empírico”<sup>112</sup>. No entanto, afirma:

“se, de um lado, o fenômeno jurídico envolve necessariamente fato/direito, a nosso ver pode-se falar em *questões* que sejam *predominantemente* de fato e *predominantemente* de direito, ou seja, o *fenômeno jurídico é de fato e é de direito*, mas o problema (= a questão) pode estar girando em torno do aspecto fático ou em torno do aspecto jurídico. Queremos com isso dizer que, embora indubitavelmente o fenômeno jurídico não ocorra senão diante de *fato e de norma*, o aspecto problemático desse fenômeno pode estar lá ou cá”<sup>113</sup>.

Neste passo, entende ser possível se pensar em dois critérios diferentes de análise do tema: o ontológico e o técnico processual. O primeiro, mais complexo, diz com a própria essência das questões de fato e de direito e o segundo, não menos importante, classificam as questões para efeitos de possibilidade de reexame por meio de recursos de estrito direito, “a partir do *mecanismo processual* por meio do qual deve operar-se este reexame”<sup>114</sup>, de tal maneira que questões ontologicamente fáticas podem ser consideradas de direito, desde o ponto de vista técnico processual (por exemplo, a qualificação jurídica dos fatos), e questões ontologicamente jurídicas podem ser entendidas como fáticas pelo critério técnico processual (por exemplo, toda vez que as provas precisarem ser revistas, não se constatando a ilegalidade da mera leitura da decisão impugnada). E o que interessa, ressalte-se, para efeitos de recursos de estrito direito, é sempre o critério técnico processual. Em suma, considera a autora questões de fato que podem ser analisadas mediante recurso especial e

---

<sup>111</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos...**, p. 270.

<sup>112</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das decisões judiciais...**, p. 154.

<sup>113</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das decisões judiciais...**, p. 154.

<sup>114</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das decisões judiciais...**, p. 155.

extraordinário todas aquelas atinentes à qualificação jurídica dos fatos<sup>115</sup> e de reavaliação das provas (e não de reexame)<sup>116</sup>, posição esta ancorada em vários julgados do STJ e do STF citados pela autora<sup>117</sup>, deveras interessantes para uma melhor compreensão da posição dos tribunais sobre esse tema.

Especificamente em matéria criminal, o entendimento é semelhante tanto do STJ quanto do STF, valendo citar um julgado exarado no Resp 184156-SP, por unanimidade, em 01 de outubro de 1998, Relator Min. Félix Fischer:

“EMENTA – PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO CULPOSO. ART. 386, INCISO VI DO CPP. LIVRE CONVENCIMENTO E CONVICÇÃO ÍNTIMA. REEXAME (SÚMULA Nº 07-STJ) E REVALORAÇÃO DA PROVA. I – A reavaliação da prova especificamente admitida e delineada no acórdão recorrido não implica em reexame vedado na instância comum. O equívoco, evidenciado no julgado, sobre critério de apreciação do material cognitivo, ferindo regras jurídicas ou, então, de experiência, é *error iuris* e não *error facti*. II – O *princípio do livre convencimento*, que exige fundamentação concreta, vinculada à prova dos autos, não se confunde com o *princípio da convicção íntima*. III – Viola o disposto no art. 386, inciso VI do CPP, o reconhecimento de dúvida ou de *non liquet*, aonde, de plano, pela prova especificamente admitida no próprio acórdão, e havida como suficiente, tal situação inexistente. Recurso conhecido e provido.”

Sem embargo do grande esforço realizado por TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, na tentativa de tornar menos complicado este ponto de convergência de infindáveis discussões (questão de fato e questão de direito), certamente com a finalidade de tornar mais efetiva a prestação jurisdicional posta à disposição das partes, não se pode negar que a distinção não é tarefa simples e pressupõe razoável conhecimento de Direito Penal, Processual Penal (e também das matérias atinentes à área cível, que é, na verdade, seu objeto de estudo) e sobretudo da Constituição da República e todos os aspectos que os envolvem, sendo certo que não basta a mera leitura da lei para ver o problema ser superado.

<sup>115</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das decisões judiciais...**, p. 164.

<sup>116</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das decisões judiciais...**, p. 206.

<sup>117</sup> RE 84699-SE; RE 76535-SP; RE 91512-SP; RE 82001-SP; RE 78036-GO; RE 79932-GB; RESP65095-0-SP; RESP 41988-SP; RESP 32258-7-RJ; RESP 3346-0-PR; RESP 2973-RJ; RESP 20701-4-MS; RESP 4678-SP; RESP 5663-SP, Agravo Regimental (STJ) 3952-PR, Agravo Regimental (STJ) 5197, Agravo Regimental (STJ) 11062-SP. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das decisões judiciais...**, p. 206-209. Há também outros tantos que tratam do mesmo tema, a exemplo: STF – RE 77458, RE 82378, RE 79784, RE 78100, AI 25510; STJ – RESP 317809, RESP 226283, RESP 151188, RESP 302786, dentre outros.

Em outras palavras, para derrubar essa barreira, o operador jurídico precisa estar muito bem preparado para não só convencer a si mesmo como os destinatários de seu discurso, seja advogado, órgão do Ministério Público e até mesmo magistrados, pessoas estas que não se encontram todos os dias nos corredores dos fóruns e tribunais. Como se trata, em última análise, de interpretação, das regras jurídicas, dos fatos, enfim, cada pessoa pode chegar a uma conclusão distinta sobre o tema, não sendo possível, ao que parece, mesmo com a posição pacífica do STJ e STF, chegar-se a um acordo sobre o cabimento ou não dos recursos especial e extraordinário. Não obstante, como ressalta JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO, é preciso, em nome da democracia, haver um limite nessa interpretação, vale dizer, a norma criada pelos intérpretes não pode escapar do “raio de alcance da estrutura lingüística do enunciado”<sup>118</sup>.

A par de toda essa importante análise sobre o cabimento dos recursos de estrito direito<sup>119</sup>, é conveniente destacar a função a que se prestam. Ao contrário dos demais países estudados, o Brasil não conta com um chamado recurso de cassação, mas a finalidade do recurso especial e extraordinário (este verificado, em certa medida, na Argentina, no recurso constitucional) a ele se assemelha, pois busca a tutela do direito objetivo, constitucional e infraconstitucional. Da mesma maneira, o que se pretende através deles é a correta interpretação e aplicação das regras constitucionais e federais, cabendo ao STJ e STF o papel de guardiões do direito posto, mediante a análise das decisões exaradas pelos tribunais inferiores, sem, contudo, consistirem num terceiro grau de jurisdição.

E, justamente com essa função de guardião do direito objetivo, é que surgiu – ao menos essa é a versão oficial – a idéia de se instituírem súmulas sobre matérias já pacificadas no Supremo Tribunal Federal, a fim de que servissem de orientação aos demais magistrados e aplicadores do direito. Isso ocorreu no início da década de 60, vindo, em 1963, por iniciativa do Ministro

---

<sup>118</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson. Dogmática crítica e limites lingüísticos da lei. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. 1, n. 3, 2005, p. 44.

<sup>119</sup> Aliás, a própria nomenclatura é questionável diante da inexistência de questões de puro direito.

Victor Nunes Leal, a serem implantadas as súmulas no âmbito da Corte Suprema (relembrando que ainda não existia o STJ). Assim, segundo conta EVANDRO LINS E SILVA, que participou desse processo de implantação, as súmulas tinham, no início, natureza regimental e por finalidade: 1) descongestionar os trabalhos do tribunal e 2) servir de informação aos demais operadores do direito acerca da orientação do STF nas questões mais frequentes<sup>120</sup>, mas jamais com efeito vinculante<sup>121</sup>, relatando, para comprovar essa inexistência, o caso de um magistrado que foi condenado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul por crime de prevaricação por ter aplicado a lei incorretamente, mais tarde absolvido pelo STF. De fato, diante do grande número de estatutos normativos, foi – e é – de grande valia a atividade orientadora do STJ e STF; o problema surge, no entanto, quando essa orientação toma rumos inconstitucionais ou apenas reflete os interesses dos que lá estão e por quem estão.

As súmulas, assim, embora não tivessem efeito vinculante, sempre foram, como regra, seguidas pela grande maioria daqueles que diariamente atuam nos foros jurídicos. Funcionavam como uma outra forma de controle da atividade judicial, implícita, no entanto, pois eram, como se disse, apenas orientações emanadas dos dois tribunais mais importantes do país. Uns as seguiram porque convencidos de que eram expressões da melhor interpretação do direito objetivo, outros porque as aplicar era o caminho mais fácil, ainda que não o mais correto. De uma ou de outra maneira, ao final, eram, de regra, aplicadas.

Ocorre que, sobretudo diante do crescente número de recursos, mesmo após a criação do Superior Tribunal de Justiça, em 1988, cada vez mais se fortaleceu a discussão acerca da instituição das súmulas com efeito vinculante, para não só funcionalizar os trabalhos do STF e STJ, mas também para evitar que os recursos até lá chegassem, através da vedação realizada já pelo Tribunal *a quo*, na forma de seu regimento.

---

<sup>120</sup> LINS E SILVA, Evandro. **Crime de hermenêutica e súmula vinculante**. Disponível em: [www.campus.fortunecity.com](http://www.campus.fortunecity.com), acesso em 05/01/05, às 8h30min.

<sup>121</sup> LINS E SILVA, Evandro. **Crime de hermenêutica e súmula vinculante**. Disponível em: [www.campus.fortunecity.com](http://www.campus.fortunecity.com), acesso em 05/01/05, às 8h30min.

Muitos argumentos contrários e a favor fizeram parte das diárias discussões nos corredores dos fóruns e tribunais: a funcionalização dos trabalhos e a efetividade da tutela jurisdicional sempre fizeram frente à indenpendência da magistratura e à separação dos poderes. Como ressaltado, muito bem lembrado por EVANDRO LINS E SILVA, as súmulas, na prática, já eram quase vinculantes, “pela tendência natural dos juízes em acompanhar os julgados dos tribunais superiores”<sup>122</sup> e cada um, segundo sua consciência, poderia dela discordar, num necessário arejamento do sistema.

Não obstante, em dezembro de 2004, promulgou-se a Emenda Constitucional n. 45, já referida em outros momentos, que cuidou, também, da inclusão no sistema jurídico brasileiro, dentre outros institutos, da súmula com efeito vinculante para os temas de competência do STF. A partir de então, a Constituição da República conta com um novo dispositivo, o art. 103-A, com a seguinte redação:

“Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º. A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º. Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º. Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial

---

<sup>122</sup> LINS E SILVA, Evandro. **Crime de hermenêutica e súmula vinculante**. Disponível em: [www.campus.fortunecity.com](http://www.campus.fortunecity.com), acesso em 05/01/05, às 8h30min.



reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, se for o caso”.

Ressalte-se que as súmulas já existentes, para se tornarem vinculantes, precisam ser confirmadas por dois terços do STF e publicadas<sup>123</sup>. Contudo, ainda que só para as questões constitucionais (pois a Emenda n. 45 não previu o mesmo expediente para o Superior Tribunal de Justiça), e ainda que se possa alegar a funcionalização dos trabalhos e uma afirmação do texto constitucional, a instituição de súmulas vinculantes configura a forma mais esquizofrênica e retrógrada de alteração do sistema jurídico. Nem se diga, como tantos dizem – opiniões essa de respeito mas com as quais não se é obrigado a concordar – que as súmulas vinculantes surgem para garantir uma maior segurança jurídica ou um melhor uso do sistema recursal, pois isso é ilusório. Trata-se de medida paliativa para amenizar, em síntese, dentre outras coisas, a má formação dos magistrados.

Este é, em breve exposição, o sistema de controle das decisões judiciais em vigor no Brasil: as vias recursais e as súmulas vinculantes.

#### **1.4. OBSERVAÇÕES FINAIS SOBRE OS SISTEMAS ANALISADOS E A IMPORTÂNCIA DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES COMO CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE DO SISTEMA DE CONTROLE DA ATIVIDADE JURISDICIONAL EXISTENTE**

Diante do que se viu até o momento, pode-se concluir que, em termos de controle jurisdicional da atividade judicial em vigor, os sistemas francês, italiano, argentino e brasileiro, em linhas gerais, são bastante semelhantes, vez que, neste âmbito, limitam-se todos ao controle pelas vias recursais, ora de reexame total do caso, ora com o intuito específico de adequar os pronunciamentos jurisdicionais à “melhor” interpretação do direito, dada pelos tribunais hierarquicamente superiores, mediante a análise, dizem, da decisão recorrida e não de todos os

---

<sup>123</sup> Emenda Constitucional n. 45, art. 8º: As atuais súmulas do Supremo Tribunal Federal somente produzirão efeito vinculante após sua confirmação por dois terços de seus integrantes e publicação na imprensa oficial.

elementos dos autos. Apesar de se dizerem orientadores da atividade judicial, o que caracterizaria um controle nos moldes pretendidos por Platão, acabam sendo controles deterministas, do qual falava Juvenal<sup>124</sup>.

No primeiro caso, para o reexame das decisões, de fato não está o tribunal *ad quem* limitado à análise da decisão exarada pelo juízo *a quo*, aliás, pode sequer considerá-la ou pode dela discordar e, de regra, prolatar nova decisão em substituição da impugnada. Neste passo, poder-se-ia dizer que nessa modalidade de controle a justificação da decisão realizada pelo magistrado não teria importância, diante da plena cognição dos autos de que pode dispor o tribunal que julgará o recurso. Ocorre, porém, que tal justificação, por determinação constitucional, deve sempre estar presente e sua falta (ou insuficiência) é causa de nulidade absoluta da decisão e, em assim sendo, trata-se de matéria que pode ser conhecida de ofício pelos tribunais *ad quem*. Demais disso, em que pese ser um controle de reexame, o tribunal deve sim levar em consideração o raciocínio do qual se valeu o magistrado para exarar a decisão impugnada expresso no corpo da decisão (ainda que nem sempre ele efetivamente traduza o que se passou, de fato, na mente do juiz, como se verá adiante) até para com ele concordar, se correto ou ao menos aceitável.

Muito mais evidente, então, é a importância da justificação das decisões para a tutela do direito objetivo, na medida em que é justamente a decisão em si que deve ser analisada, de regra, pelo tribunal *ad quem*, que poderá, é verdade, substituí-la, mas deve, antes disso, especificamente analisar a atividade judicial na decisão impugnada. Também aqui, como no primeiro caso, a falta de justificação ou sua insuficiência tornam absolutamente nula a decisão, condição essa que deve ser declarada pelo tribunal, de ofício se necessário.

Nesta medida, ainda que o controle muitas vezes não vise expressamente a justificação das decisões, ela exerce papel fundamental na sua realização, até porque, repita-se, esse é um ponto a ser sempre observado pelos tribunais, ainda que não alegado pelos recorrentes. E, em se tratando de um passo sempre

---

necessário quando se está a falar de recursos, evidente que o conhecimento da estrutura e do conteúdo da justificação das decisões é requisito fundamental para os magistrados (para todos os operadores, na verdade), até para que possam se conscientizar de sua importância (conhecendo a forma como surgiu a exigência de justificação das decisões judiciais), reconhecer sua complexidade e defender a sua manutenção, especialmente em dias de descrença no Poder Judiciário.

---

<sup>124</sup> Ver introdução.

## PARTE II – A MOTIVAÇÃO (JUSTIFICAÇÃO) DAS DECISÕES

### 2.1. A EVOLUÇÃO DO DEVER DE MOTIVAR

Há muito se fala que os julgadores devem motivar suas decisões, porém é recente a idéia de uma justificação a fim de garantir transparência às sentenças e a democracia processual. FRANCO CORDERO, aliás, ao falar sobre o tema, assevera o quão lenta, cansativa e insegura tem sido a conquista para se ter decisões transparentes dos magistrados<sup>125</sup>. Não obstante, para se saber o significado exato de cada exigência de motivação que surgiu ao longo da história, necessário seria um estudo bastante aprofundado de cada época, de cada contexto em que fora requisitada, o que significava para quem decidia e para quem recebia a decisão contra si, dentre outros tantos elementos. Este não é, todavia, o objetivo deste trabalho. Assim, por ora, traz-se aqui um breve histórico cronológico, nos moldes da História tradicional, para uma breve idéia da temporalidade dos acontecimentos relevantes para o tema.

A primeira vez em que se tem registros sobre a exigência de motivação das decisões data curiosamente da Idade Média, em tempos de Inquisição. Segundo FRANCO CORDERO, mais especificamente no século XIII, na França, mas durou pouco tempo, ante o narcisismo dos magistrados da época – eram, em síntese, decisões-oráculo, pois não divulgavam as premissas, apenas as conclusões<sup>126</sup>. Mais tarde, no século XVI já se podia notar a revolta dos nobres (de sangue) quanto aos juízes (nobres de vestido), na medida em que exigiam a motivação das decisões por estes últimos exaradas. Apesar de tal movimentação, as Ordenações Criminais (*Ordonnances Criminelles*), de 1670, porém, não deram ouvido à nobreza e deram amplos poderes aos juízes, permitindo-os que não explicitassem os motivos de suas decisões<sup>127</sup>.

---

<sup>125</sup> CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale...**, p. 361.

<sup>126</sup> CORDERO, Franco. **Procedimiento penal**. T. II ..., p. 284.

<sup>127</sup> CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale...**, p. 362 e **Procedimiento penal**. T. II ..., p. 285-286.

Com os déspotas esclarecidos, o dever de motivar começa a ganhar os contornos atuais, no entanto por razões distintas. A influência iluminista fez com que tal exigência fosse, pela primeira vez, ditada também em razão das partes no processo. São fundamentais representantes dessa realidade o *Codex Fridericianus Marchicus*, de 1748, da Prússia, que continha disposições minuciosas sobre como deveriam os juízes se comportar quando de suas decisões e a *Prammatica* de Ferdinando IV, de 1774, de Nápoles, que impunha aos juízes o dever de motivar as suas decisões e posteriormente dar-lhes publicidade. Se, por um lado, este foi um momento significativo para a exigência da motivação na medida em que representou a superação de um dever meramente endoprocessual, por outro lado, como ressalta FRANCESCO M. IACOVIELLO, só se deu porque o poder judiciário começou a entrar em crise com o poder régio – ante os constantes abusos cometidos pelos juízes no exercício da função judicante, aos quais faz referência FRANCO CORDERO<sup>128</sup> –, que então ditou tais regras como única maneira de controlar os juízes. Houve, assim, grande resistência dos juízes em motivar suas decisões<sup>129</sup>.

É somente com a Revolução Francesa, que o dever de motivar as decisões assume sua feição atual. É a partir desse momento que se passa a falar em um controle que pode ser exercido pela sociedade sobre aqueles aos quais delegou o seu poder de solucionar conflitos (autotutela). Assim é que na lei de organização judiciária de 16-24 de agosto de 1790, pela primeira vez, segundo relata FRANCO CORDERO<sup>130</sup>, estabeleceu-se a justificação das decisões como um discurso explicativo do julgamento realizado pelo magistrado<sup>131</sup>.

<sup>128</sup> CORDERO, Franco. **Procedimiento penal**. T. II ..., p. 286-288.

<sup>129</sup> IACOVIELLO, Francesco M. **La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione**. Milano: Giuffrè, 1997, p. 2-3 e CORDERO, Franco. **Procedimiento penal**. T. II ..., p. 287-288.

<sup>130</sup> CORDERO, Franco. **Procedimiento penal**. T. II ..., p. 288-289.

<sup>131</sup> Em seu art. 15 estava previsto que todos os julgamentos civis e criminais deveriam conter quatro partes: a) o nome e a qualificação das partes; b) a exposição das questões de fato e de direito apresentadas pelas partes; c) o resultado dos fatos reconhecidos ou constatados na instrução e os motivos da decisão do juiz; d) dispositivo. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões...**, p. 63.

Em 1795, com a Constituição Francesa do ano III, houve a consolidação do dever de motivar. Em seu art. 208 dispunha: “*os julgamentos serão motivados e devem ser declarados os termos da lei aplicada*”<sup>132</sup>. Na verdade, tal dispositivo veio, sobretudo, assegurar a recém-estabelecida divisão de poderes, com a evidente imposição da idéia de que a atividade judiciária seria secundária à legislativa. Conforme assevera MARIANO MENNA, naquele momento histórico certamente a motivação servia à possibilidade de controle da atividade judiciária pelo povo, mas sobretudo se destinava a confirmar a subordinação do juiz à lei aferida pelo Tribunal de Cassação, que pertencia ao Poder Legislativo, ou seja, a motivação vinha a confirmar a supremacia do Poder Legislativo francês<sup>133</sup>. Com efeito, ao que parece, o que se almejava com a justificação judicial era apenas a possibilidade de se conferir se o juiz havia feito uma correta aplicação da lei, pelo próprio Estado, ficando em segundo plano a nobre idéia – quiçá demagógica – de que a sociedade poderia controlar o poder por ela delegado ao Estado – a conhecida versão política do dever de motivar. É de fundamental importância ressaltar, por fim, que toda essa motivação das decisões, agora exigida, dizia apenas e tão-somente com o direito, ainda não se falando de justificação quanto aos fatos.

Apesar de um certo retrocesso verificado no século XIX, em que voltou a ter função somente endoprocessual na grande maioria das codificações (*Code de procédure civile*, de 1807 e Lei de Organização Judiciária de 1810, na França, *Codice di procedura civile* de 1865, na Itália, *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1881, na Espanha, a Ordenação alemã de 1877 e a Ordenação Austríaca de 1895<sup>134</sup>), consoante afirma ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, no século XX o dever de motivar volta às suas duas funções essenciais, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, como se pode bem ver das previsões contidas na Constituição Italiana de 1948, seguida da Constituição

<sup>132</sup> “*Les jugements sont motivés et on y énonce les termes de la loi appliquée*” (tradução da autora).

<sup>133</sup> MENNA, Mariano. **La motivazione del giudizio penale**. Napoli: Jovene, 2000, p. 7.

<sup>134</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação..., p. 111-112.

Alemã de 1949, da Constituição Espanhola de 1978, da Constituição Portuguesa de 1976, reformada em 1982, assim por diante<sup>135</sup>. Interessante frisar que na história dos ordenamentos processuais europeus ocidentais, não são raros os exemplos que previam a justificação das decisões apenas mediante requerimento das partes que tinham pretensão de impugná-la, segundo relata MICHELE TARUFFO<sup>136</sup>.

Nos países de *common law*, ao contrário do que possa parecer, embora não exista determinação legal da exigência de justificação, fato é que ante a possibilidade da formação de precedentes, os juízes entendem ser extremamente necessária a demonstração das razões de seu convencimento, motivo pelo qual as argumentações são sempre extensas e exaustivas<sup>137</sup>. Exceção feita aos Estados Unidos da América, onde, segundo MICHELE TARUFFO, não há rigorosa exigência de motivação das decisões, especialmente para os juízes de primeiro grau<sup>138</sup>. Mais uma vez, e em outro aspecto (salvo a realidade estadunidense), mostra-se mais bem elaborado o sistema do *common law*, em que os juízes, mesmo sem determinação legal, agem de maneira razoável ao justificar suas decisões. Especialmente no Brasil, muitos magistrados não o fazem mesmo com determinação legal e constitucional.

No Brasil, no que se refere ao processo penal (de uma maneira geral), nem sempre se previu a obrigatoriedade das decisões judiciais serem motivadas. As Ordenações Manuelinas e Filipinas<sup>139</sup>, inusitadamente, previam que todos os

<sup>135</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões...**, p. 64 e ss.

<sup>136</sup> TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza. **Genesis – Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba: Gênesis, n. 31, janeiro/março 2004, p. 178-179.

<sup>137</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões...**, p. 72-73.

<sup>138</sup> TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**. Padova: Cedam, 1975, p. 368-369.

<sup>139</sup> Ordenações Manuelinas, § 6, Título L, Livro III: “Mandamos, que daqui por diante todos os Nossos Desembargadores, Corregedores das Comarcas, e todos os Ouvidores, e Juizes de Fóra, posto que cada hum dos sobreditos Letrados nom sejam, e quaesquer outros Julgadores, que Letrados forem, que as sentenças definitivas poserem, declarem em suas sentenças (assi na primeira instancia como na causa d’appellaçam, ou agravo, ou na causa de revista) a causa, ou causas, per que se fundam a condenar, ou absolver, ou a confirmar, ou revogar, dizendo especificamente o que he, que se prova, e por que causas do feito se fundam a darem as suas sentenças”; Ordenações Filipinas, § 7, Título LXVI, Livro III: “E para as partes saberem se lhes convém apellar ou agravar das sentenças diffinitivas, ou vir com embargos a ellas, e os Juízes

magistrados, ao pronunciarem suas decisões, deveriam demonstrar as razões de seu convencimento<sup>140</sup>. Aliás, segundo noticia JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, o juiz que não cumprisse o disposto deveria pagar multa em benefício da parte prejudicada<sup>141</sup>. Especificamente no âmbito processual penal, o Código de Processo Criminal de 1832 não fazia, contudo, referência ao dever de justificação das decisões, vez que os julgamentos deveriam todos ser realizados pelo Tribunal do Júri, portanto, por convicção íntima<sup>142</sup>. Da mesma forma, a Lei n. 261, de 03 de dezembro de 1841 (regulamentada pelo Regulamento 120, de 31 de janeiro de 1842), tendo em vista a manutenção dos julgamentos pelo Tribunal do Júri (o que houve foi apenas a extinção do júri de acusação). A Lei 2.033, de 20 de setembro de 1871, tampouco trouxe uma palavra sobre o dever de motivar<sup>143</sup>. É apenas com o Código de Processo Penal de 1941, ainda vigente, “produzido” em plena ditadura Vargas, que se retoma a exigência da motivação, trazida como um dos requisitos fundamentais da sentença, no art. 381<sup>144</sup>, pelas seguintes razões constantes da exposição de motivos do Decreto Lei n. 3689, de 03 de outubro de 1941: “...A sentença deve ser motivada. Com o sistema do relativo arbítrio judicial na aplicação da pena, consagrado pelo novo Código Penal, e o do livre convencimento do juiz, adotado pelo presente projeto, é a

---

de mór alçada entenderem melhor os fundamentos, por que os Juizes inferiores se movem a condenar, ou absolver, mandamos que todos nossos Desembargadores e quaesquer outros Julgadores, ora sejam Letrados, ora não o sejam, declarem especificamente em suas sentenças diffinitivas, assim na primeira instância, como no caso de apellação, ou agravo, ou revista, as causas, em que se fundaram a condenar ou absolver, ou a confirmar, ou revogar”.

<sup>140</sup> Tal exigência não se encontra nas Ordenações Afonsinas, existindo apenas a exigência de que os juizes, ao julgar, devem se limitar ao alegado e provado no processo.

<sup>141</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação..., p.113.

<sup>142</sup> O Código de Instrução Criminal de Primeira Instância, de 1832, foi inspirado Na legislação francesa embasada no Décret 16-29, de 1791. Era marcado pelo pensamento liberal preponderante na época. A estrutura era judiciária. Os juizes eram eleitos pelo povo. Havia o júri de acusação, dirigido pelo juiz de direito e o júri de sentença, através do qual o acusado era julgado. Perseguia-se a humanização do processo. Como não correspondia à realidade brasileira, tal código não vigorou por muito tempo, tendo sido reprimido com a reforma de 1841.

<sup>143</sup> A Lei 2.033, de 20/09/1871, alterou alguns dispositivos sobre a legislação judiciária, acabando por retirar da polícia as funções jurisdicionais a ela concedidas no Código de 1841, mantendo, no entanto, a supressão do júri de acusação. Criou-se o inquérito policial (Regulamento 4.824, de 22/11/1871).

<sup>144</sup> “Art. 381. A sentença conterá: ..... III – a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão;..”



motivação da sentença que oferece garantia contra os excessos, os erros de apreciação, as falhas de raciocínio ou de lógica ou os demais vícios do julgamento. No caso de absolvição, a parte dispositiva da sentença deve conter, de modo preciso, a razão específica pela qual é o réu absolvido. É minudente o projeto, ao regular a motivação e o dispositivo da sentença...”

Em termos constitucionais, a obrigação do dever de motivar as decisões só vem expressamente com a Constituição de 1988. O que se pode dizer, de maneira bastante otimista, é que houve, nas Constituições anteriores, uma certa preocupação com o devido processo legal e com a prisão, mas sem referência expressa a decisões fundamentadas<sup>145</sup>. E além de vir expressamente prevista na

---

<sup>145</sup> Constituição de 1824, art. 179, VIII. Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações próximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel, que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, **fará constar ao Réo o motivo da prisão**, os nomes do seu accusadro, e os das testemunhas, havendo-as. (grifos da autora)

Constituição de 1891, art. 72, §16. **Aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela**, desde a nota de culpa, entregue em 24 horas ao preso e assinada pela autoridade competente com os nomes do acusador e das testemunhas. (grifos da autora)

Constituição de 1934, art. 113, 35) A lei assegurará o rápido andamento dos processos nas repartições públicas, **a comunicação aos interessados dos despachos proferidos, assim como das informações a que estes se refiram, e a expedição das certidões requeridas para a defesa de direitos individuais**, ou para esclarecimento dos cidadãos acerca dos negócios públicos, ressalvados, quanto às últimas, os casos em que o interesse público imponha segredo, ou reserva; ... 37) Nenhum juiz deixará de sentenciar por motivo de omissão da lei. Em tal caso, deverá decidir por analogia, pelos princípios gerais do direito ou por equidade. (grifos da autora)

Constituição de 1937, art. 122, 11) à exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão depois da pronúncia do indiciado, salvo nos casos determinados em lei e mediante ordem escrita da autoridade competente. Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, senão pela autoridade competente, em virtude de lei e na forma por ela regulada; a instrução criminal será contraditória, **asseguradas antes e depois da formação da culpa as necessárias garantias de defesa**; (grifos da autora)

Constituição de 1946, 141, §25 – **É assegurada aos acusados plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela**, desde a nota de culpa, que, assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas, será entregue ao preso dentro em vinte e quatro horas. A instrução criminal será contraditória....§ 36 – **A lei assegurará: I – o rápido andamento dos processos nas repartições públicas; II – a ciência aos interessados dos despachos e das informações a que eles se refiram; III – a expedição das certidões requeridas para defesa de direito; IV – a expedição das certidões requeridas para esclarecimento de negócios administrativos**, salvo se o interesse público impuser sigilo. (grifos da autora)

Constituição de 1967, art. 150, §15 – **A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes**. Não haverá foro privilegiado nem Tribunais de exceção. (grifos da autora)

Carta de 1988, tal dever já vem em forma de garantia constitucional constante, sem sombra de dúvidas, do rol de direitos fundamentais, cláusula pétrea, portanto. Assim reza o art. 93, IX, da Constituição da República, agora modificado pela recente Emenda Constitucional n. 45, de 08 de dezembro de 2004: *“todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”*<sup>146</sup>. Portanto, seguindo a classificação dos atos jurisdicionais adotada por FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, todas as decisões interlocutórias simples e mistas (terminativas ou não-terminativas), bem assim as decisões definitivas – sentenças (condenatória, absolutória e definitiva em sentido estrito) devem ser devidamente justificadas pelos juízes<sup>147</sup>.

A presença da exigência de justificação das decisões judiciais nos ordenamentos mais modernos é uma grande e importante conquista da humanidade. Neste sentido, a justificação é, atualmente, um dos pilares do processo moderno (civil, penal, administrativo, enfim), de tal maneira que ascendeu ao *status* de garantia constitucional mesmo nos países ditos em desenvolvimento. De qualquer forma, passou de algo estranho à função jurisdicional ao seu elemento fundamental, afinal, como bem assevera FRANCESCO M. IACOVIELLO, “não há jurisdição sem motivação”<sup>148</sup>.

<sup>146</sup> A primeira redação do dispositivo, apresentada no primeiro substitutivo da Comissão de Sistematização, foi: “nenhum órgão do Poder Judiciário pode realizar sessões ou julgamentos não fundamentados ou secretos. Se o interesse público o exigir, a lei poderá limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e seus advogados, ou somente a estes”. O que prevaleceu no texto constitucional, até dezembro de 2004, no entanto, foi o seguinte: *“todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e seus advogados, ou somente a estes”*.

<sup>147</sup> Para uma melhor compreensão da classificação já referida, ver: TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 25.ed. v 3. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 80-82.

<sup>148</sup> IACOVIELLO, Francesco M. **La motivazione della sentenza...**, p. 4: *“non c’è giurisdizione senza motivazione”* (tradução da autora).

## 2.2. A ESTRUTURA DA MOTIVAÇÃO

### 2.2.1. A ESTRUTURA GENÉRICA

Para efeitos desta análise, entende-se por *motivo* (ou fundamento) todo elemento de caráter objetivo (de fato ou de direito) capaz de ser considerado pelo magistrado na formação de suas decisões. Por outro lado, *fundamentação* (ou motivação) é a “expressão ou explicitação dos motivos de um negócio jurídico ou de um provimento”<sup>149</sup>. Também não se deve confundir decisão e motivação<sup>150</sup>. A *decisão*, em síntese, consiste em uma primeira etapa do raciocínio judicial, em que se escolhe (com base em elementos jurídicos – de fato e de direito –, mas também em elementos extrajurídicos – morais, políticos e ideológicos, etc.) uma solução para o caso. Já a *motivação* configura-se como uma outra etapa do raciocínio judicial, na qual se procura legitimar, validar, a escolha feita anteriormente (referem-se, assim, ao contexto de descoberta e contexto de justificação, respectivamente, conforme apresentado, por exemplo, por MANUEL ATIENZA<sup>151</sup>). E é a esta etapa que se refere a garantia constitucional do art. 93, IX, da Constituição da República. É preciso dizer, no entanto, que essa distinção é meramente didática, para efeitos de melhor compreensão da

<sup>149</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões...**, p. 110.

<sup>150</sup> “*Il problema del contenuto della dichiarazione decisoria si riferisce alla distinzione tra deliberazione e ragionamento ossia, secondo il linguaggio consueto, tra disposizione e motivazione (...) Che il decidente debba ragionare prima di deliberare è un conto; che debba comunicare il ragionamento oltre la deliberazione è un altro; tuttavia, di regola, è opportuno che comunichi anche il suo ragionamento, perché, in prima linea, ciò lo obbliga a ragionare; invero, sia pure violando le regole della prudenza e della legge, egli potrebbe decidere anche senza ragionare; tale possibilità gli è tolta se deve comunicare come ha ragionato*”. CARNELUTTI, Francesco. **Principi del processo penale**. Napoli: Morano, 1960, p. 256: “o problema do conteúdo da declaração decisória se refere à distinção entre deliberação e raciocínio, ou seja, segundo a linguagem comum, entre disposição e motivação (...) Que o julgador deve raciocinar antes de deliberar é uma coisa; que deve comunicar o raciocínio depois de deliberar é outra coisa; todavia, de regra, é bom que comunique também o seu raciocínio, porque isto o obriga a raciocinar; em verdade, seja apenas violando as regras de prudência e da lei, ele poderia decidir até sem raciocinar; tal possibilidade lhe é tolhida se deve comunicar como raciocinou”. (tradução da autora)

<sup>151</sup> Para maiores detalhes, ver ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000, p. 50 e seguintes.

exposição que se segue. Em verdade, como se bem sabe, os juízes não justificam para depois decidir; ao contrário, eles decidem e depois vão pensar no discurso justificativo, como se verá adiante.

Não se ocupará aqui de discutir os fundamentos de uma decisão judicial e sequer a decisão, visto que demandaria incursão na Psicanálise, entre outros campos, o que faria fugir ao viés escolhido.

Destarte, compreendido que se tratará da justificação das decisões judiciais, faz-se também necessária a determinação da natureza da racionalidade utilizada para tal atividade: dedutiva, indutiva ou argumentativa. Em verdade, embora os autores mais tradicionais ainda não tenham abandonado seu formalismo exacerbado, parece cada vez mais superado o antigo modelo lógico-dedutivo da motivação das decisões<sup>152</sup>. Já não era sem tempo de se abandonar a idéia antiga (e por que não equivocada), de que o juiz, ao decidir e justificar, partia da premissa maior que era o texto normativo, analisava a premissa menor, os fatos comprovados pela prova do processo, e chegava a uma síntese: a exata subsunção do fato à norma fazia surgir a lei do caso concreto. Aqui, o juiz, de fato, não passava de mero pronunciador da lei, como queria MONTESQUIEU.

Em verdade, tal atitude foi compreensível em época das grandes codificações, diante do paradigma lógico-formal sob o qual viviam todas as ciências e também em virtude da tentativa de contenção do poder dos juízes na aplicação das leis. Era preciso, então, *demonstrar* a decisão a que se tinha chegado, justificando-a; caso contrário, era equivocada, pois tudo o que não pudesse ser demonstrado não era científico e, portanto, não era verdadeiro, não era evidente. E a única maneira de se demonstrar a decisão era através do silogismo dedutivo, também conhecido como silogismo judicial. E havia apenas uma conclusão possível, partindo de determinada premissa: a solução era única e de uma vez por todas, como propagava a Escola da Exegese. Tal silogismo,

---

<sup>152</sup> Segundo ressalta FRANCESCO M. IACOVIELLO, o silogismo não serve para o momento da decisão, mas apenas para o momento de motivá-la, ou seja, trata da justificação racional da decisão judicial. IACOVIELLO, Francesco M. **La motivazione della sentenza...**, p. 35.

como afirma FRANCESCO M. IACOVIELLO, dava a idéia de um processo penal asséptico, onde circulava a verdade e se respirava a certeza<sup>153</sup>.

Para DESCARTES, segundo CHAÏM PERELMAN e LUCIE OLBRECHTS-TYTECA, a evidência era a marca da razão e apenas eram tidas como racionais as demonstrações que, “a partir de idéias claras e distintas, estendiam, mercê de provas apodícticas, a evidência dos axiomas a todos os teoremas”<sup>154</sup>. Ainda falando sobre o tema, explicam que o chamado raciocínio *more geometrico* era o modelo do qual se utilizavam os filósofos que pretendiam construir um sistema de pensamento que pudesse alcançar o *status* de ciência (tal e qual eram concebidas as ciências da época). Para que isso fosse possível, para que fosse reconhecida a filosofia como uma ciência (e, portanto, racional), haveria de ser um sistema formado de proposições necessárias, que são impostas a todos os seres pensantes e “sobre os quais o acordo é inevitável”<sup>155</sup>. O desacordo, neste passo, era sempre sinal de erro. Todavia, alertam os autores que o lógico inspirado nos ensinamentos de DESCARTES só era efetivamente aplicável no estudo das provas analíticas de ARISTÓTELES. Ademais, em meados do século XIX, essa redução da lógica acentuou-se, por influência dos lógicos-matemáticos, acabando limitada ao que se chamou de lógica formal, isto é, ao estudo dos meios de prova utilizados nas ciências matemáticas. A consequência principal daí resultante era a de que os raciocínios alheios ao campo puramente formal escapavam à lógica e, com isso, também à razão.

Ocorre que tal modelo era demasiado simples e por certo não dava conta de todo o procedimento decisório, que é muito complexo devido a grande quantidade de elementos da vida em relação que traz consigo. A idéia é de que a

<sup>153</sup> IACOVIELLO, Francesco M. **La motivazione della sentenza...**, p. 35: “*Il sillogismo dà l’idea di un processo penale asettico, dove circola la verità e si respira certezza*” (tradução da autora).

<sup>154</sup> PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **La nouvelle rhétorique: traité de l’argumentation**. Paris: Presses Universitaires de France, 1958, 2 v., p.02: “*à partir d’ idées claires et distinctes, propageaient, à l’aide des preuves apodictiques, l’évidence des axiomes à tous les théoremes*”. [Tradução brasileira: **Tratado da argumentação: a nova retórica**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 01].

<sup>155</sup> PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Traité...**, p.02: “*sur lesquelles l’accord est inévitable*”. [Tradução brasileira: **Tratado...**, p. 02].

utilização do silogismo dedutivo asseguraria a coerência entre as premissas e a conclusão (chamada de justificação interna), porém não era suficiente, por si só, para justificar as premissas (chamada de justificação externa)<sup>156</sup>. Assim, ao contrário do que afirmavam os defensores da lógica formal, várias premissas podem existir, dando origem a distintas conclusões. As premissas não são absolutas e imutáveis, pelo contrário.

Ademais, a par de ser singelo, o que se vê é que a função deste modo de pensar foi muito mais ideológica do que técnico-jurídica, vez que fazia preponderar a idéia (falsa) de um juiz neutro, mero aplicador da lei (esta expressão da vontade popular), ocultando-se todos os outros elementos extrajurídicos que eram levados em consideração no momento da decisão, como bem ressalta ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO<sup>157</sup>. Ou como complementa MICHELE TARUFFO, o silogismo judicial sempre foi mais uma ideologia da decisão do que uma forma de descrevê-la e, por isso, naquele momento histórico teve mais sentido do que tem atualmente<sup>158</sup>.

Tampouco prospera a racionalidade indutiva, especialmente nos países do *civil law*. Diante da existência prévia de leis genéricas e abstratas, não há como partir do caso concreto e chegar ao estabelecimento de uma norma geral para aquele caso. O que pode ocorrer é diante de muitos casos concretos semelhantes, chegar-se à conclusão de que é preciso elaborar uma lei que discipline o tema envolvido, mas ela será genérica e abstrata e valerá para todos os casos dali por diante. Talvez tal racionalidade funcione mais em países do

<sup>156</sup> IACOVIELLO, Francesco M. **La motivazione della sentenza...**, p.41.

<sup>157</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões...**, p. 119: “embora não se possa desprezar o valor de garantia em princípio atribuído a esse modelo, concebido em um momento histórico caracterizado pela preocupação de subordinar a atividade judiciária à vontade popular expressa nos textos legais, na verdade a sua função é basicamente ideológica, voltada a transmitir uma imagem de juiz neutro e só submetido à lei, com o que se ocultam, sob uma aparente lógica formal, as reais motivações subjacentes às diversas escolhas valorativas realizadas no curso do procedimento decisório”.

<sup>158</sup> TARUFFO, Michele. **Cinco lecciones mexicanas: memoria del Taller de Derecho Procesal**. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Escuela Judicial Electoral, 2003, p. 03.

*common law* que, em razão da parca existência de leis escritas, acabam fazendo de seus casos concretos precedentes.

Diante do afastamento das racionalidades anteriores, resta concluir que a prevalecente<sup>159</sup> em termos de decisão e justificação é a retórico-argumentativa. A decisão judicial, tomada das mais variadas formas, sob os mais diversos motivos, precisa ser motivada, e o será a partir da construção de todo um discurso argumentativo, especialmente a partir da retórica – aqui entendida como técnica de argumentação racional. De fato, não há lugar para uma racionalidade lógico-formal como se a sentença – ou decisões em geral – fosse parte de uma ciência exata, da solução de um logarítimo. A vida demanda muito mais do que uma simples *demonstração*. Assim, como bem assevera JOÃO MAURÍCIO ADEODATO, todo o desenvolvimento histórico e ideológico do direito é marcado pela mentalidade silogística, como a maneira de pensar e aplicar o direito que parece mais adequada ao direito dogmático, que decide sempre fazendo referência a uma norma fixada anteriormente de acordo com as regras autoreferentes do próprio sistema. Todavia, a adoção do silogismo demonstrativo é equivocada. Mais correta se apresenta a adoção do silogismo retórico, pois “a estrutura argumentativa expressa pela teoria do entimema<sup>160</sup> parece assim mais apta a compreender o direito contemporâneo, revelando, por exemplo, que pilares ‘científicos’ como a unidade do ordenamento jurídico, a neutralidade do juiz ou a objetividade da lei constituem, no fundo, meras estratégias discursivas”<sup>161</sup>.

---

<sup>159</sup> Não se pode falar em abandono absoluto das racionalidades dedutiva e indutiva, até porque o raciocínio ocidental, especialmente, é fortemente marcado pela dedução.

<sup>160</sup> Etimologicamente, a palavra entimema vem de *enthyméisthai*, que significa considerar, ponderar, refletir. O entimema é o que se chama de silogismo retórico. JOÃO MAURÍCIO ADEODATO define entimema como silogismo retórico por ser formal ou logicamente imperfeito, isto é, suas conclusões não decorrem necessariamente de suas premissas (ao contrário do silogismo apodítico), mas é pragmaticamente útil “se o objetivo é persuadir sem as exigências de rígida coerência lógica, quando esta não é possível ou desejável”. ADEODATO, João Maurício. O silogismo retórico (entimema) na argumentação judicial. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**. Recife, n. 9, 1998, p. 139.

<sup>161</sup> ADEODATO, João Maurício. O silogismo retórico (entimema)..., p. 154.

MICHEL MIAILLE, ao analisar a lógica jurídica dentro do sistema do direito (a dos práticos), admite que, em verdade, não se trata efetivamente de um raciocínio jurídico, mas de argumentação:

“no sentido restrito da palavra, não há raciocínio jurídico: há argumentação. Que quer isto dizer? Os juristas apoiam-se não em provas demonstrativas, no sentido científico do termo, mas em argumentos mais ou menos convincentes. Ora, como já acima mostrei, os argumentos dependem no seu valor, e, portanto, na sua eficácia, da sua situação de momento, do lugar, muito mais que da sua definição abstracta. Os princípios invocados, as noções utilizadas, as teorias propostas não têm por si mesmo força suficiente: tudo depende do contexto. Torna-se absolutamente claro que, se dado argumento não foi seguido em dado momento e se lhe preferiu a um outro, isso não ocorreu em consequência de um erro metodológico a maior parte das vezes, e em particular em consequência de uma incorreção na lógica do raciocínio, mas é produto de uma época. Reconduzida a proporções mais correctas *a lógica jurídica como argumentação revela ser a tradução de projectos, de interesses, de práticas contraditórias*. Neste sentido, não poderia ser comparada com a dos cientistas”<sup>162</sup>.

A realidade é que toda vez que o magistrado precisa justificar sua decisão ele pensará num discurso capaz de convencer, no mínimo, os envolvidos no processo, de que seu ato é não só válido como razoável (alguns querem mesmo convencer de que é o melhor). A tarefa de justificação da decisão, assim, é exercício argumentativo. Muitas vezes exercício argumentativo realizado pelo magistrado para se convencer, ele mesmo, de sua decisão. Para PIERO CALAMANDREI,

“a motivação, na maioria dos casos, espelha, mais do que um estudo antecedente feito pelo juiz para garantir um bom julgamento, um exame sucessivo de consciência realizado pelo juiz para se convencer de que julgou bem. A motivação é a prova lógica para controlar, à luz da razão, a bondade de uma decisão nascida de sentimentos: é a racionalização do senso de justiça; é a demonstração, que o juiz quer dar a si mesmo antes que às partes, da *ratio scripta* que convalida a descoberta nata da sua intuição”<sup>163</sup>.

<sup>162</sup> MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. 2.ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1989, p. 196.

<sup>163</sup> CALAMANDREI, Piero. **Processo e democrazia**. Padova: Cedam, 1954, p. 102: “*La motivazione, nella massima parte dei casi, rispecchia, più che uno studio antecedente compiuto dal giudice per avviarsi a ben giudicare, un esame di coscienza sucessivo, compiuto dal giudice per persuadersi di avere ben giudicato. La motivazione è una riprova logica, per controllare, al lume della ragione, la bontà di una decisione scaturita dal sentimento: è la ‘razionalizzazione’ del senso di giustizia; è la dimostrazione, che il giudice vuol dare a sè stesso prima che alle parti, della ratio scripta che convalida la scoperta nata dalla sua intuizione*”(tradução da autora).



Na esteira dos ensinamentos de CHAÏM PERELMAN, a justificação só tem lugar no ambiente onde nada é evidente; pelo contrário, a justificação sempre se relaciona a um determinado contexto, o qual não é inabalável. Neste passo, afirma com propriedade o Professor de Bruxelas:

“toda justificação pressupõe a existência, ou a eventualidade, de uma apreciação desfavorável referente ao que a pessoa se empenha em justificar. Por isso, a justificação se relaciona intimamente com a idéia de valorização ou de desvalorização. Não se trata de justificar o que poderia ser objeto de uma condenação ou de uma crítica, o que poderia ser julgado, ou seja, uma ação ou um agente. A justificação pode concernir à legalidade, à moralidade, à regularidade (no sentido mais lato), à utilidade, à oportunidade. Não há por que justificar o que não se deve adequar a normas ou a critérios, ou o que não deve realizar certa finalidade; tampouco há por que justificar o que, incontestavelmente, se ajusta às normas, aos critérios ou às finalidades considerados. A justificação só diz respeito ao que é a um só tempo discutível e discutido. Daí resulta que o que é absolutamente válido não deve ser submetido a um processo de justificação e, inversamente, o que se tende a justificar não pode ser considerado incondicional e absolutamente válido”<sup>164</sup>.

Além disso, vale ressaltar que a justificação, na prática, só encontra razão de ser exatamente quando se estar a tratar de uma decisão, de uma ação, de uma escolha, fora da experiência e que suprime toda possibilidade de decisão e de escolha. Vale dizer, a justificação só tem sentido quando referente a atos passíveis de críticas, que têm alguma falha que os tornam inferiores àqueles que não podem ser criticados (os que se referem a valores absolutos, à evidência, nos termos de lógica-formal). Frequentemente, ainda, tem-se a idéia de que a justificação não é refutação de uma crítica, senão que traz apenas a apresentação de razões positivas em favor de uma determinada escolha ou decisão. Para CHAÏM PERELMAN, entretanto, tal noção é equivocada: “a justificação consiste quer na refutação de uma determinada crítica, quer na indicação de que uma proposição lhe escapa inteiramente”<sup>165</sup>.

<sup>164</sup> PERELMAN, Chaïm. **Retóricas** Trad. Maria Ermantina Galvão E. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 169.

<sup>165</sup> PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 187.

Muitas vezes, porém (e aqui está o problema), a argumentação e a retórica são utilizadas em seu sentido mau<sup>166</sup>, qual seja, para esconder decisões tomadas de forma arbitrária pelos juízes. Não raro a motivação é, nas palavras de ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO, “uma racionalização *ex post* de uma decisão muitas vezes determinada por razões inconfessáveis”<sup>167</sup>, atitude até mesmo compreensível vez que o juiz é, antes de tudo, um ser humano, do que se falará mais adiante quando se tratar especificamente da neutralidade.

O juiz, então, para justificar sua decisão, vai procurar motivá-la através da manipulação de seu discurso e, para tal, o julgador não só terá que se utilizar de uma linguagem dirigida ao seu objetivo de convencer<sup>168</sup>, mas também organizará quais os argumentos que irá apresentar e de que maneira os apresentará ao seu auditório (escolha dos argumentos), de forma a estabelecer o contato entre os espíritos e o acordo daquele à decisão. Além disso, como referido, esse discurso necessariamente se dirige a um auditório que vai desde a própria consciência do magistrado até a própria sociedade<sup>169</sup>.

Ressalte-se que como o objetivo da argumentação jurídica não é somente o acordo sobre a legalidade, mas sobretudo sobre a sua legitimidade, acreditar também em uma adesão universal (isto é, de toda sociedade) à

<sup>166</sup> Aliás, segundo relata JOÃO MAURÍCIO ADEODATO, ARISTÓTELES entendia como exemplo de má retórica exatamente a retórica judicial, destinada a mover as emoções do espectador e baseada em provas de fatos, notoriamente frágeis. ADEODATO, João Maurício. O silogismo retórico (entimema)..., p. 140.

<sup>167</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões...**, p. 113.

<sup>168</sup> A linguagem exerce função fundamental no discurso jurídico e, por isso, o estudo deste tema é de essencial importância para uma exata compreensão das dimensões do ato jurisdicional, tal como deixa claro JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO, em seu texto: Dogmática crítica e limites lingüísticos da lei. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. 1, n. 3, p. 37-44, 2005. Todavia, aqui, não se ocupará especificamente deste tema da linguagem.

<sup>169</sup> Para uma leitura mais profunda e detalhada sobre os elementos da argumentação ver, por todos, PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2000; PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **La nouvelle rhétorique: traité de l'argumentation**. Paris: Presses Universitaires de France, 1958, 2 v. A escolha de CHAÏM PERELMAN como marco teórico principal do tema da Teoria da Argumentação Jurídica deve-se a estudos anteriormente realizados sobre suas obras e por ainda se entender ser o mais importante autor do tema, desde a perspectiva da Filosofia do Direito.

justificação apresentada pelo juiz, equiparada à teoria do consenso da verdade<sup>170</sup>, significa aceitar que, de fato, na prática, existem verdades e valores que são aceitos igualmente por toda a humanidade, por cada um dos indivíduos que a compõem (concordância potencial de todos), pressupondo, na esteira da teoria habermasiana, a situação ideal de fala, realidade esta, parece, absolutamente impossível. Nem mesmo dentro de uma única cultura, de um único país, de uma única família, encontram-se pessoas que pensam da mesma forma e possuem a mesma escala de valores – cada um pensa de uma forma e nada pode mudar isso. Portanto, é muito complicado dizer que existem certos valores “mínimos” que são aceitos por todos como corretos.

Essa adesão universal pode ser entendida como o senso comum (em quaisquer de suas concepções<sup>171</sup>), mais uma razão para ser dispensada como uma realidade da justificação das decisões, vez que, consoante afirma

---

<sup>170</sup> Para uma leitura didática da teoria do consenso da verdade, ver: ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 91-117.

<sup>171</sup> Para CHAÏM PERELMAN, o senso comum relaciona-se muito mais com o conceito daquilo que é razoável, isto é, aquilo que é admissível em uma comunidade em um dado momento e, portanto, mutável, do que com o verdadeiro conceito de senso comum, ligado à idéia de faculdade comum a todos os homens de discernir as verdades evidentes. PERELMAN, Chaïm. *Le raisonnable et le déraisonnable en droit*. **Archives de philosophie du droit: formes de rationalité en droit**. Paris: Sirey, tome 23, 1978, p. 39. Ademais, para MICHELE TARUFFO, “os mitos das sociedades homogêneas e estáveis e das culturas simples, claras e comuns a todos, se em algum tempo tiveram um sentido uma correspondência à realidade, já foram subvertidos pelas transformações políticas, econômicas, sociais e culturais da época moderna, especialmente da época que agora se costuma chamar pós-moderna. Por muitas razões, está hoje em crise o arquétipo do Estado-nacional, que por muito tempo representou a moldura tradicional (geralmente não-conscientizada) das usuais idéias de sociedade e de cultura, e a múltipla fragmentação social e cultural tomou o lugar das velhas imagens totalizantes e coerentes da sociedade e da cultura (...) Além disso, neste mundo globalizado é inevitável que o juiz se veja ao centro de muitos problemas novos e no ponto de encontro de tendências diferentes e conflitantes: cabe por isso às cortes a tarefa de resolver os conflitos entre valores universais e regras cada vez mais gerais, de um lado, e, de outro, situações cada vez mais particulares e culturalmente individualizadas. Assim como o juiz não é mais (admitindo-se que em algum tempo ele o haja realmente sido) a boca *inanimada* da lei, teorizada por Montesquieu, nem um passivo aplicador de norma simples mediante deduções formais, ele não é mais (admitindo-se que em algum tempo ele o haja realmente sido) um passivo usuário de noções metajurídicas fornecidas *ready made* pela experiência coletiva, ou um elementar consumidor de regras e critérios dispostos de modo claro, completo e coerente no *depósito* constituído pelo senso comum”. TARUFFO, Michele. **Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz**. Aula inaugural proferida na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná aos 05 de março de 2001. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Curitiba: Edição do IBEJ, 2001, p. 39.

BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS<sup>172</sup>, o senso comum em sua concepção tradicional é superficial, ilusório e falso<sup>173</sup>. Por esta razão, defende o que chama de senso comum emancipatório, isto é, “um senso comum discriminatório (ou desigualmente comum, se preferirmos), construído para ser apropriado privilegiadamente pelos grupos sociais oprimidos, marginalizados ou excluídos e, de facto, alimentado pela prática emancipatória destes”<sup>174</sup>.

De fato, o juiz, através da motivação, procura legitimar a sua decisão e por isso argumenta. E tanto a referida motivação pode ser verificada como instrumento retórico de convencimento e persuasão de seus destinatários, que NILO BAIRROS DE BRUM, de forma única, estabelece quatro requisitos retóricos da sentença penal (além dos requisitos formais exigidos pela lei processual penal, em seu art. 381): 1) verossimilhança fática – através do qual o juiz procura convencer que elegeu a melhor prova para formar o seu convencimento, inclusive desqualificando as provas que dão respaldo a versões diversas da por ele escolhida; 2) efeito de legalidade – o juiz deve convencer de que a solução do caso encontra-se amparada no ordenamento jurídico; 3) adequação axiológica – ou seja, o juiz deve demonstrar que os valores da comunidade estão adequados à lei ou que a lei está devidamente adequada aos valores da sociedade; 4) neutralidade judicial – o magistrado deve sustentar uma

<sup>172</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. São Paulo: Cortez, 2000, p. 107.

<sup>173</sup> “Essa feição utópica e libertadora está patente em muitas das características do conhecimento do senso comum. Assim, o senso comum faz coincidir causa e intenção; subjaz-lhe uma visão do mundo assente na acção e no princípio da criatividade e da responsabilidade individuais. O senso comum é prático e pragmático; reproduz-se colado às trajectórias e às experiências de vida de um dado grupo social e, nessa correspondência, inspira confiança e confere segurança. O senso comum é transparente e evidente; desconfia da opacidade dos objectivos tecnológicos e do esoterismo do conhecimento em nome do princípio da igualdade do acesso ao discurso, à competência cognitiva e à competência lingüística. O senso comum é superficial porque desdenha das estruturas que estão para além da consciência, mas, por isso mesmo, é exímio em captar a complexidade horizontal das relações conscientes entre pessoas e entre pessoas e coisas. O senso comum é indisciplinar e não-metódico; não resulta de uma prática especificamente orientada para o produzir; reproduz-se espontaneamente no suceder quotidiano da vida. O senso comum privilegia a acção que não produza rupturas significativas no real. O senso comum é retórico e metafórico; não ensina, persuade ou convence”. SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica...**, p. 108.

<sup>174</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica...**, p. 109.

imagem de neutralidade (que não existe, certamente) como meio de preservar, em síntese, a segurança jurídica<sup>175</sup>.

### 2.2.2. A MOTIVAÇÃO SOBRE O DIREITO E SOBRE OS FATOS E SUA CRISE

Tradicionalmente os estudiosos do tema afirmam ter a motivação dois momentos: a justificação sobre o direito e a justificação sobre os fatos. Em verdade, essa distinção é meramente didática, para a melhor compreensão do tema, mas na essência não há como separar os fatos do direito (por isso se questionou a nomenclatura dos recursos de estrito direito). Apesar disso, também para fins didáticos (ou metodológicos, como quer GIULIO UBERTIS<sup>176</sup>), separa-se a análise desses dois aspectos, em evidente, porém compreensível, contradição ao que se vai dizer sobre a impossibilidade de se distinguir nitidamente o que é a motivação sobre os fatos e o que é a motivação sobre o direito.

#### *a) A justificação das decisões quanto ao direito*

A justificação quanto ao direito, ao contrário do que se possa pensar, não significa apenas a mera indicação do dispositivo de lei a ser aplicado. Não se trata, em absoluto, de uma simples tarefa de subsunção. A um, porque atualmente vigoram diversos estatutos normativos (códigos e infinitas legislações especiais) muitas vezes ambíguos e contraditórios entre si e a escolha do direito a ser aplicado no caso concreto se tornou deveras mais complicada. A dois, porque na atual perspectiva do direito a Constituição é a fonte maior de direitos e obrigações e toda legislação infraconstitucional deve, necessariamente, ser lida à luz do texto constitucional. A três, porque a aplicação do direito exige que a

---

<sup>175</sup> BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos da sentença penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 72-84. Ver também: FAYET, Ney. **A sentença criminal e suas nulidades**. 5.ed. Rio de Janeiro: Aide, 1987, p. 30-38.

<sup>176</sup> UBERTIS, Giulio. **Fatto e valore nel sistema probatorio penale**. Milano: Giuffrè, 1979, p.75-76.

escolha da regra a ser aplicada e sua interpretação sejam realizadas dentro de um contexto prático.

Dentre as três razões acima enunciadas, a que parece trazer mais problemas é, de fato, esta última: a interpretação do direito. Embora não se possa adequadamente falar na escolha e na interpretação da regra como momentos distintos da atividade judicial (pois a regra a ser escolhida será necessariamente interpretada antes), existe a possibilidade de se diferenciar duas situações: há casos em que a regra será aplicada praticamente de imediato, porque simples e incontroversa, e outros em que a aplicação da regra vai requerer, invariavelmente, uma justificação mais aprofundada. Em qualquer destas hipóteses, no entanto, o direito deve ser interpretado. E aqui se encontra um dos maiores problemas a ser enfrentado pelos operadores do direito, tema já de infinitas pesquisas e obras e que até hoje representa um grande desafio a ser vencido.

Há tempos já não se pode mais sustentar o discurso de que a legislação é completa, coerente e clara e que, por ser de tal forma perfeita, sequer precisa ser interpretada por aquele que a aplica. Por isso, então, o juiz não passava de mero expositor da lei, a boca da lei, que era tida como absolutamente nítida e acessível a todos.

Na verdade, uma parcela da decisão que toma o magistrado refere-se a que regras vai aplicar no caso em julgamento e ele precisa justificar essa escolha. Não é demais pensar que muitas vezes a regra a ser aplicada é escolhida justamente em virtude de seus significantes mais fáceis de serem manipulados, ainda que se saiba não ser a melhor para a solução do caso concreto. Desde logo, portanto, é necessário dizer que a interpretação é ideologicamente manipulada (ou manipulável). Sabe-se que a atividade interpretativa não é, de forma alguma, uniforme. Como muito bem assevera NILO BAIRROS DE BRUM, “as tendências conservadora ou modificadora de um mesmo indivíduo podem alternar-se por motivos subjetivos ou pela natureza do próprio objeto a ser

interpretado ou, ainda, pelas circunstâncias em que se dá o ato interpretativo”<sup>177</sup>. Da mesma forma ocorre na atividade judicial de interpretação das leis.

Esta alternância na forma de interpretar é reflexo dos infinitos métodos de interpretação conhecidos ao longo da história<sup>178</sup>. Note-se que a opção pelo método de interpretação e aplicação da lei é de grande importância para o desfecho do processo. As conseqüências podem ser as mais inesperadas possíveis, chegando-se ao extremo de se poder afirmar, consoante o fez NILO BAIRROS DE BRUM, que “em matéria de interpretação jurídica, haverá tantas verdades quantos forem os métodos existentes”<sup>179</sup>. LUIZ ALBERTO WARAT chega até mesmo a dizer que a função dos métodos de interpretação não é prático-científica, senão que retórico-política<sup>180</sup>.

Além disso, todas essas teorias jurídicas existentes deram origem também a distintas concepções em relação ao tema da interpretação da lei e a função judicial (o poder criativo do juiz). Dentre todas elas, há tradicionalmente duas grandes tendências: o realismo e o formalismo<sup>181</sup> (este ainda muito mais presente no sistema jurídico continental). Em linhas gerais, o que se pode falar é que o formalismo tem como características principais: (i) a lei é a única fonte do direito, (ii) a interpretação é um ato de conhecimento e não de vontade, (iii) o ordenamento jurídico é profundamente coerente, (iv) o juiz é neutro e imparcial (não cria o direito), (vi) exaltação da segurança jurídica, (vii) o raciocínio jurídico é demonstrado através de mero silogismo demonstrativo, (viii) o sistema do direito é dotado de plenitude hermética, entre outras. Ao revés, o realismo jurídico tem como características: (i) as fontes do direito são todos os motivos

<sup>177</sup> BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos...**, p. 11.

<sup>178</sup> Sobre os diversos métodos interpretativos ver: BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos...**, p. 15-38; e também WARAT, Luiz Alberto. **Mitos e teorias na interpretação da lei**. Porto Alegre: Síntese, 1979.75-87.

<sup>179</sup> BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos...**, p. 15.

<sup>180</sup> WARAT, Luiz Alberto. **Mitos e teorias...**, p. 63.

<sup>181</sup> Para maiores detalhes, ver: WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral...**, v.I..., p. 51 e seguintes; WARAT, Luiz Alberto. **Mitos e teorias...**, p. 45-59 e BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos...**, p. 43-50; COELHO, Luiz Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1981; BOBBIO, Norberto. **Teoria generale...**, p. 38 e seguintes; entre outros.

determinantes das decisões judiciais, (ii) a interpretação é ato de vontade, (iii) o trabalho do juiz é constitutivo, respondendo ao ato de vontade (o juiz cria o direito), (iv) exaltação da equidade, (v) o raciocínio jurídico é demonstrado através de silogismos retóricos, etc.<sup>182</sup>

PLAUTO FARACO DE AZEVEDO entende, com razão, que a superação do formalismo é indispensável à construção de uma hermenêutica material, que aceite a existência de opções valorativas sobre os dados de fato e de direito por parte do juiz. Para isso, o trabalho a ser realizado pelo operador do direito, em especial o juiz, *precisa ser criativo*<sup>183</sup>. E a criatividade do juiz, ao contrário do que se possa pensar, não exclui e tampouco afasta a segurança jurídica, como temem os formalistas.

Em assim sendo, “ter a ordem estabelecida como inquestionável e, logo, imutável”, como querem os formalistas, “leva a subestimar as forças sociais em ascensão e mutação, conduzindo à desconformidade entre o processo histórico e o processo legal que nele se insere”<sup>184</sup>. A solução estaria, então, na sensibilidade e na formação dos magistrados para que pudessem exercer sua função de tal modo que conseguissem, quando viável e necessário, conciliar as funções transformadora e conservadora do direito.

Note-se, como afirma FRANCO CORDERO, que a lei é apenas um fato gráfico, ou seja, é apenas a representação textual das letras que a constituem<sup>185</sup>. O que deve ser interpretada pelo operador jurídico é a regra, ou seja, o critério através do qual o operador poderá apreciar e ordenar os fenômenos da vida<sup>186</sup>, e o produto dessa interpretação é a norma, que será aplicada na solução do caso concreto. Essa interpretação da regra terá por base as palavras nela utilizadas e, a

<sup>182</sup> WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral...**, v.I..., p. 61.

<sup>183</sup> AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. 4 reimpressão. Porto Alegre: SAFE, 1989, p. 74.

<sup>184</sup> AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática...**, p. 75.

<sup>185</sup> CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale...**, p. 18: “*Il testo è un fatto grafico. Le norme sono prodotti mentali.*”.[“O texto é um fato gráfico. As normas são produtos mentais” (tradução da autora).

<sup>186</sup> Para tal compreensão, veja-se: ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito: introdução e teoria geral – uma perspectiva luso-brasileira**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 519 e ss.



partir daí, todo um universo interpretativo se abre. Não há vontade da lei e tampouco vontade do legislador; há apenas vontade do intérprete, que vai dar à regra o significado que ele quiser e pretender. Ao contrário do que ensina EROS GRAU, a norma não está contida no invólucro do texto<sup>187</sup>. LUIZ FERNANDO COELHO chega a afirmar, por conta disso, “que não é o sentido da norma que se impõe ao jurista, mas é o jurista que estabelece o sentido da norma de acordo com a sua formação cultural e ideológica, de sorte que *é o jurista a única e autêntica fonte do direito*”<sup>188</sup>.

Em verdade, o intérprete dará aos significantes (às palavras) o significado que melhor lhe aprouver, por razões conscientes e não raras vezes inconscientes, muitas vezes até contra o texto legal ou, o que é pior, contra o sistema, como bem assevera JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO: “Ora, como parece elementar, decide-se *contra legem* todos os dias, não raro com ofensa aparente ao princípio da não-contradição, que só não é porque, no caso, cria-se – literalmente – a norma *contra* a regra da lei, sem que com isso aquela reste revogada [...] As decisões *contra legem*, por outro lado, são a prova cabal de que o texto e a regra não aprisionam o sentido e, portanto, pode ele não estar *ex ante* ali presente”<sup>189</sup>. Vários são os exemplos práticos disso que acaba de se falar, especialmente no que se refere ao processo penal, tendo como um deles a evidente contradição entre o art. 262, do Código de Processo Penal e a Súmula n. 352 do Supremo Tribunal Federal. Vale dizer, mesmo a regra sendo clara ao trazer a exigência da nomeação de um curador ao réu menor de 21 anos durante o processo – em um rompante democrático dentro de uma legislação autoritária – fato é que o STF entendia não haver nulidade absoluta do feito se tivesse feito as vezes do curador o defensor dativo, em evidente descaso para com dois institutos fundamentais ao processo penal: a autodefesa e a defesa técnica. Por mais

---

<sup>187</sup> GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 28.

<sup>188</sup> COELHO, Luiz Fernando. **Lógica jurídica...**, p.182. (grifos da autora)

<sup>189</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Dogmática crítica e limites lingüísticos da lei...*, p. 42.

absurdo que isso fosse, tal entendimento sumular era amplamente aplicado nos processos, até a entrada em vigor do novo Código Civil de 2002.

Com efeito, não é possível desprezar os ensinamentos de HANS-GEORG GADAMER: o intérprete, para compreender o texto, parte de sua précompreensão sobre ele, o que certamente vai determinar o resultado final de sua compreensão, porque dela (da précompreensão) não se livrará:

“Quem quiser compreender o texto realiza sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete prelineia um sentido do todo. Naturalmente que o sentido somente se manifesta porque quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas ena perspectiva de um sentido determinado. A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, que, obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração de sentido”<sup>190</sup>.

É possível entender, assim, a origem das seguidas e incessantes leituras inconstitucionais do processo penal.

Por fim, o que se percebe das motivações das decisões judiciais é que não só há uma certa tendência em se *aceitar* a ideologia dominante em um determinado momento (seja ela correta ou incorreta, absurda ou não – não se questiona), bem como, aliás, procura-se exatamente *manter* um determinado padrão nas decisões judiciais<sup>191</sup>. Os juízes buscam, de fato, manter-se dentro de um *standard* geral de valoração dos juristas<sup>192</sup>, da comunidade jurídica, recomendado, na opinião de NILO BAIRROS DE BRUM, pelo que ele chama de

<sup>190</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad. Flávio Paulo Meurer. 2.ed. Petrópolis: Vozes, 1998, p. 402.

<sup>191</sup> “O discurso jurídico, em suas múltiplas manifestações, tem aversão a tudo quanto é novo. O peso desta rejeição provém não só do imperativo de preservar-se pela apologia do estabelecido certos efeitos da repressão simbólica que o Estado desempenha através das representações abstratas formais e inamovíveis do Direito. Os ‘sujeitos do direito’ precisam ser construídos como ‘sujeitos reprimidos’ para assegurar o controle unívoco do tempo e do espaço social. Um discurso de seguridades máximas construído para garantir a fiscalização interior dos indivíduos, isto é, o panóptico dentro do homem. Uma consequência direta da ordem simbólica do jurisdicismo ‘Estado de Direito’ que desenvolve lugares comuns, processos imaginários e fundamentações fora da história para recuperar nossos desejos numa mística alienante”. WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral...**, v.I..., p. 25.

<sup>192</sup> Esta noção pode ser comparada ao que LUIZ ALBERTO WARAT chama de senso comum teórico dos juristas. Para maiores detalhes, ver: **Introdução geral...**, v.I; WARAT, Luiz Alberto. **Mitos e teorias...** e O sentido comum teórico dos juristas. **A crise do direito numa sociedade em mudança**. (Org. José Eduardo Faria) Brasília: Editora UnB, p. 31-42.

princípio da crítica são<sup>193</sup>. Assim é que não raras vezes, afirma LUIZ ALBERTO WARAT, “em razão da visão imaginária de sua própria atividade o juiz violenta seus juízos de valor relativamente às decisões que adota, pensando que está impossibilitado de concretizá-los por existir um consenso valorativo contrário, erigido retoricamente como fiel intérprete da legalidade formal”<sup>194</sup>.

Neste passo, a interpretação do direito pode ser forjada de acordo com os interesses do magistrado e da comunidade jurídica em geral. LUIZ ALBERTO WARAT, de forma contundente, afirma que, em verdade, as práticas interpretativas do Direito não passam de

“uma discursividade enganosamente cristalina que escamoteia, em nome da verdade, da segurança e da justiça, a presença subterrânea de uma ‘tecnologia da opressão’ e de uma microfísica conflitiva de ocultamento que vão configurando as relações de poder inscritas no discurso da lei. Mais do que ambíguo ou impreciso, o discurso da lei é enigmático, ele joga, estrategicamente, com os ocultamentos para justificar decisões, disfarçar a partilha do poder social e propagar, dissimuladamente, padrões culpabilizantes”<sup>195</sup>.

#### *b) A justificação das decisões quanto aos fatos*

Melhor sorte não se reserva para a motivação da decisão quanto aos fatos. De regra, muito pouca importância se dá à análise dos fatos pelo juiz. Vale dizer, ao contrário do que acontece com a interpretação da lei, muito mais passível (em princípio) de ser controlada pela sua razoabilidade (existe o recurso de cassação para esse fim, em alguns países), o exame dos fatos, pode-se dizer, é quase que desprovido de qualquer controle, tal como a decisão tomada pelo conselho de sentença, em um julgamento pelo Tribunal do Júri, até porque o sistema processual é regido pelos famosos brocardos *iura novit curia* e *narra mihi factum dabo tibi ius*, ou seja, às partes cabe apresentar os fatos e ao juiz, dizer o direito, pois ele cuida do direito – esta é sua função – o que demonstra o descaso que sempre se teve com um dos temas mais importantes do processo: as provas.

<sup>193</sup> Sobre o tema dispõe NILO BAIRROS DE BRUM em **Requisitos retóricos...**, p. 69.

<sup>194</sup> WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral...**, v.I..., p. 60.

*Entretanto, diferentemente das decisões do júri, acobertadas pela convicção íntima, o exame dos fatos pelo juiz nos processos de ritos diversos ao do júri é orientado pelo princípio do livre convencimento motivado<sup>196</sup>, ou seja, o magistrado deverá justificar a sua interpretação dos fatos na decisão, tal e qual deverá justificar a interpretação da lei. A análise dos fatos está intrinsecamente ligada à prova produzida no processo, uma vez que é através delas que se procura reconstruir tudo aquilo que aconteceu no passado, com vistas ao acerto do caso penal.*

*Com efeito, é preciso ressaltar que a exigência da motivação quanto aos fatos é recente, data da adoção efetiva do sistema do livre convencimento motivado, vez que o justo processo, garantia do cidadão, precisa trazer uma decisão amplamente justificada, não só com relação ao direito aplicado mas também com relação aos fatos que foram levados em consideração para se tomar tal decisão. Sua importância fundamental é de que a motivação quanto aos fatos será reflexo do direito à prova no processo penal, nas palavras de ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, que consiste não só em um direito à valoração das provas, mas sobretudo em um direito à motivação que exprima e explique, de forma expressa e completa, a avaliação delas realizada pelo magistrado<sup>197</sup>.*

---

<sup>195</sup> WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ...** v. 1..., p. 19-20.

<sup>196</sup> Que será mais atentamente analisado adiante.

<sup>197</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 165-166.

Em relação ao seu conteúdo, a exigência da motivação fática não se satisfaz com uma mera descrição do resultado das provas (por exemplo, declarando que a testemunha X disse Y):

“a motivação não deve se traduzir em uma atividade meramente descritiva e tampouco em uma simples remissão genérica e formal ao conjunto da prova colhida, mas exige – além da declaração expressa dos fatos provados e da fundamentação jurídica – a explicitação das razões ou motivos que levaram a outorgar ou negar eficácia probatória a tais provas, com especial referência aos dados ou elementos probatórios levados em conta pelo julgador para formar a sua convicção e aos resultados obtidos com a realização dos diferentes meios de prova, assim como às regras ou máximas de experiência utilizadas pelo julgador em sua tarefa valorativa; em suma, os motivos que conduzem à obtenção do convencimento acerca dos fatos provados. O julgador deve justificar por que dá eficácia probatória àquelas provas utilizadas como base de sua decisão em detrimento das demais”<sup>198</sup>.

Dessa forma, o juiz, no processo, escolherá quais as provas utilizará na justificação de sua decisão e, mais uma vez, em se tratando de uma escolha a ser feita pelo magistrado, certamente terá como base suas preferências pessoais, até porque ele precisará convencer a todos os interessados de que a decisão que tomou foi a melhor possível (eis a verossimilhança fática de NILO BAIRROS DE BRUM<sup>199</sup>).

A situação, porém, é agravada pelo fato de que o juiz não escolhe apenas as provas que levará em conta ao justificar sua decisão, senão que ele mesmo determina quais as provas devem ser produzidas no processo penal. Na contramão da doutrina tradicional, parece evidente que o sistema processual penal brasileiro é essencialmente inquisitório e a gestão das provas encontra-se

---

<sup>198</sup> ESTRAMPES, M. Miranda. **La mínima actividad probatoria en el proceso penal**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1997, p. 171: “*La motivación no debe traducirse en una actividad meramente descriptiva, ni tampoco en una simple remisión genérica y formal al conjunto de la prueba practicada, sino que exige – además de la declaración expresa de los hechos probados y de la fundamentación jurídica – la explicitación de las razones o motivos que conducen a otorgar o negar eficacia probatoria a dichas pruebas, con especial mención de los datos o elementos probatorios tenidos en cuenta por el juzgador para formar su convicción y de los resultados obtenidos con la práctica de los diferentes medios de prueba, así como de las reglas o máximas de experiencia utilizadas por el juzgador en su tarea valorativa; en definitiva, de los motivos que conducen a la obtención del convencimiento acerca de los hechos declarados probados. El juzgador debe razonar por qué concede eficacia probatoria a las pruebas utilizadas como sustento de la declaración de hechos probados, en detrimento de las restantes*” (tradução da autora).

<sup>199</sup> Ver acima p. 84.

quase que totalmente nas mãos dos juízes. Embora acusação e defesa possam requerer a produção de determinadas provas e possam fazer perguntas a testemunhas e ao acusado (Lei n. 10.792/03), em todos os casos dependem da “autorização” do juiz, que vai deferi-las se entender *relevantes* para a elucidação do caso (veja-se os arts. 188, 212 e, sobretudo, o art. 156, *in fine*, do CPP)<sup>200</sup>. Vale dizer, será relevante para o caso aquilo que o magistrado entender por relevante, que nem sempre é o mesmo significado atribuído à palavra pelas partes, por exemplo, ou mesmo se configura em flagrante violação do devido processo legal, na perspectiva do direito constitucional à prova.

A par disto, outra questão se levanta atualmente acerca das questões de fato do processo: o que efetivamente se deve entender por motivação de fato? Várias conseqüências são tiradas desta pergunta, dentre elas o desaparecimento da tradicional distinção da motivação de direito e de fato que devem constar dos pronunciamentos decisórios e, sobretudo, a grande transformação da vigente disciplina dos recursos.

Sabe-se que o processo serve primordialmente à reconstrução de um fato – ou de fatos – que ocorreram no passado. Por isso é que as provas são fundamentais ao processo. Como afirma FRANCESCO M. IACOVIELLO, “no processo há um passado a ser reconstruído e há um juiz que deve fazê-lo. Entre o passado e o juiz há a prova”<sup>201</sup>. Não obstante, segundo afirma MICHELE TARUFFO, o que vem para o processo não é propriamente o fato em si – que já se deu no passado –, mas o enunciado lingüístico que o representa, isto é, os fatos entram no processo por meio de hipóteses formuladas por quem as conta, que serão – ou não – confirmadas durante o desenvolver dele<sup>202</sup>. Desta forma, é

<sup>200</sup> Sobre o tema, ver: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais..., p. 163-198.

<sup>201</sup> IACOVIELLO, Francesco M. **La motivazione della sentenza...**, p. 26: “*Nel processo c’è dunque un passato da ricostruire e c’è un giudice che deve farlo. Tra il passato e il giudice, si pone la prova*” (tradução da autora).

<sup>202</sup> TARUFFO, Michele. **Cinco lecciones...**, p. 62: “*En el proceso tenemos que ver con expresiones lingüísticas, no con circunstancias materiales. En consecuencia, todo el problema de las pruebas, de la argumentación con respecto a los hechos, etcétera, tiene que ver con enunciados lingüísticos que, de una u otra manera, tienen como objeto: hipótesis. Esto es así,*

preciso levar em consideração que um mesmo fato pode ser “contado” de várias formas distintas e isso, certamente, terá reflexos na decisão do caso concreto. Tal situação é extremamente relevante se tomado em conta que alguns processos têm como exclusivo meio de prova as testemunhas, como ocorre na maioria dos casos no Brasil.

Assim é que MICHELE TARUFFO ressalta a importância da construção do enunciado através de três aspectos: a construção semântica do enunciado, a construção cultural do enunciado e a construção social do enunciado. No primeiro caso, é importante a forma que os fatos são relatados perante o juiz e também as palavras empregadas em tal relato, ou seja, se vão ser utilizados apenas termos descritivos do ocorrido ou se vão ser empregados termos de natureza valorativa; há diferença nítida se a testemunha, ao ser ouvida, diz ao juiz que o ofensor causou ferimentos na vítima com uma faca e se diz que o ofensor causou sérios ferimentos na vítima com uma faca. Por certo, a inserção do adjetivo em sua narração influenciará a formação do convencimento do magistrado. No segundo caso (cultural), é preciso que se leve em consideração o momento em que o enunciado é construído, para que se possa ter uma melhor noção da vida, com todos os seus elementos, em um determinado período histórico. Finalmente, na construção social do enunciado (que parece se misturar ao cultural), deve ser levado em consideração o contexto social, político e econômico em que os fatos ocorreram, para melhor compreendê-los<sup>203</sup>.

Por isso se torna complexa a determinação do que vem a ser a questão de fato do caso penal a ser esclarecida e sobre a qual recairá a motivação do juiz. Veja-se que cada fato comporta muitas descrições complexas, distintas entre si, cada uma resultante da combinação de hipóteses específicas sobre determinadas circunstâncias ou características que o envolvem, e cada uma delas, certamente, podendo ser verdadeira ou falsa. Tal situação se verifica, inclusive, em casos

---

*porque hasta el final del proceso vamos a saber, si esas hipótesis tal como han sido descritas, realmente se verificaron o no”.*

<sup>203</sup> Para maiores detalhes sobre o tema, ver TARUFFO, Michele. **Cinco lecciones...**, p. 64-66.

tidos como simples<sup>204</sup>. Eis a outra premissa do silogismo retórico a ser utilizado pelo magistrado para justificar sua decisão: não há apenas uma forma de compreender os fatos do processo, há várias delas e que podem levar a outras tantas distintas conclusões.

Ao analisar todas essas hipóteses, o juiz deverá escolher, genericamente, qual das teses vai seguir (acusação ou defesa) e num passo seguinte, quais as hipóteses trazidas aos autos vai utilizar para justificar sua decisão dentro da tese escolhida<sup>205</sup>. Sempre será uma questão de escolha e, portanto, de cunho eminentemente subjetivo. MICHELE TARUFFO entende que o juiz sempre estará adstrito às provas produzidas para justificar sua decisão e até mesmo para tomá-la. No entanto, sabe-se que em não raras vezes a decisão já está tomada por outras razões e a prova será escolhida apenas para justificar, da melhor forma possível, sua decisão (em casos mais graves, porém, mesmo sem prova capaz de embasá-la a decisão vai ser tomada). A prova tem, portanto, também para o juiz, ao contrário do que ensina o respeitável professor italiano, duas funções: a de instrumento de cognição do caso e também de instrumento retórico de persuasão (esta função, para MICHELE TARUFFO, só se refere aos advogados, que precisam convencer o magistrado de suas teses)<sup>206</sup>. Aliás, lembre-se que em um sistema processual penal essencialmente inquisitório como o brasileiro, cabe ao magistrado determinar quais são os fatos pertinentes e relevantes que devem ser provados no processo – o juiz, portanto, já faz sua escolha antes mesmo da prova ser produzida (novamente, a précompreensão).

A par da decisão sobre quais enunciados restarão verificados no processo ao final, parece que, até por exigência do sistema jurídico, sempre os fatos recepcionados no processo o serão porque comportam uma leitura jurídica, isto é, determinados elementos fáticos só serão levados em consideração para a solução do caso concreto porque podem ser “classificados” dentro de

---

<sup>204</sup> TARUFFO, Michele. **Cinco lecciones...**, p. 67.

<sup>205</sup> TARUFFO, Michele. **Cinco lecciones...**, p. 67.

<sup>206</sup> TARUFFO, Michele. **Cinco lecciones...**, p. 68 e ss.



determinadas categorias jurídicas<sup>207</sup>. Neste sentido, afirma GIULIO UBERTIS que não há como se falar, no processo, de fatos jurídicos e não-jurídicos (estes entendidos como aqueles que não estariam expressamente previstos em qualquer norma jurídica). Há, é verdade, os *factos simples* (elementos da vida apresentados pelas próprias partes, base da atividade de reconstrução), *factos primários* (factos que correspondem a vários elementos da *fattispecie* normativa) e o *fato principal* (a representação concreta daquilo a que se refere a demanda e que integra a *fattispecie* abstrata do ordenamento), todos, no entanto, são factos jurídicos, “ainda que se juridicamente relevantes de maneira diversa”<sup>208</sup>.

Neste passo, afirma o autor italiano:

“O fato ‘enquanto tal’ não pode jamais ser posto em situação de dicotomia em relação ao direito ‘enquanto tal’: quando para se individualizar o fato é preciso realizar uma seleção na perspectiva da sua juridicidade, não se pode, vez que se deve proceder a uma verificação posterior, abstrair do contexto teórico no qual estava previamente inserido. E se a inexistência de um mero juízo de fato é verdadeira para a posição inicial ocupada pelas partes, tanto o mais será para a decisão final do juiz, onde se conclui que os factos estabelecidos não são absolutamente factos puros, inclusive porque para o seu conhecimento são inevitavelmente utilizadas as regras probatórias constantes de cada ordenamento processual”<sup>209</sup>.

Além disso, continua, o juízo sobre o direito pressupõe o juízo sobre os factos, na medida em que o primeiro jamais se refere unicamente a uma regra

<sup>207</sup> TARUFFO, Michele. **Cinco lecciones...**, p. 64: “Si pensamos en lo que hablábamos el otro día con respecto al círculo dialéctico y a la relación dialéctica entre norma y hecho, podemos ver que esta determinación también puede ser muy compleja, puede requerir muchos pasos de la norma al hecho y del hecho a la norma, pero, lo que quiero subrayar es que los que hacen la descripción de un hecho relevante, crean, construyen este hecho y, si lo hacen bien, lo hacen empleando a la norma como criterio para poder entender, qué es lo que hay que poner en la descripción y qué es lo que hay que incluir en la descripción, qué es importante y qué no es importante”.

<sup>208</sup> UBERTIS, Giulio. **Fatto e valore...**, p. 72-73: “è evidente trattarsi pur sempre di fatti giuridici, anche se giuridicamente rilevanti in maniera diversa”. (tradução da autora)

<sup>209</sup> UBERTIS, Giulio. **Fatto e valore...**, p. 73-74: “Il fatto <in quanto tale> non può mai essere posto in una situazione dicotomica rispetto al diritto <in quanto tale>: quando per individuare il <fatto> si è costretti ad operare una selezione nella prospettiva della sua <giuridicità>, non si può più, una volta che si debba procedere ad una ulteriore verifica processuale, astrarre dal contesto teorico in cui previamente era stato inserito. E se la inesistenza di un mero <giudizio di fatto> è vera per la <posizione> iniziale operata dalle parti, tanto maggiormente vera è per la decisione finale del giudice, dove <il résultat que les faits établis ne sont pas du tout ‘des faits purs’> anche in considerazione che alla loro conoscenza si perviene tramite l’impiego di inevitabili regole probatorie riscontrabili in ogni ordinamento processuale.” (tradução da autora)

abstratamente prevista no ordenamento, razão pela qual existe um nexo necessário e imprescindível entre a reconstrução do fato e a regra selecionada para sua escolha e interpretação, vale dizer, o fato sempre está inserido no contexto teórico do ordenamento jurídico. Concluindo, defende que “se o juízo sobre a questão de fato não pode jamais ser de puro fato porque estruturado a partir de coordenadas jurídicas, aquele sobre a questão de direito é necessariamente ligado ao fato na medida em que, inclusive na análise da norma que se entende aplicável, deve atentar para a exigência da justiça concreta própria de todo ordenamento”<sup>210</sup>.

Dessa forma, se os fatos são realmente lidos desde um ponto de vista jurídico é, de fato, muito difícil distinguir o que é questão de fato e o que é questão de direito na motivação da decisão e no processo de uma maneira geral. Por isso a dificuldade no conhecimento de alguns recursos de estrito direito<sup>211</sup>.

FRANCESCO M. IACOVIELLO, em interessante análise, ressalta que o problema do processo é que o passado não é ostensivo, ou seja, os fatos ocorrem e depois desaparecem sem deixar rastro, e sobre isso é realmente difícil chegar-se a uma certeza (sequer se cogita de verdade). Se uma testemunha faz uma afirmação em audiência, a única coisa certa é que ela disse o que disse (o que pode ser questionado no sistema processual brasileiro tendo em vista que a testemunha fala ao juiz que, por sua vez, dita ao escrivão). No mais, tudo deve ser comprovado: o juiz pode não ter entendido o que a testemunha quis dizer; a testemunha pode ter usado um vocabulário distinto do juiz (no qual as mesmas palavras podem ter distintos significados); a testemunha pode ter mentido; a testemunha pode ter dito a verdade, mas ter-se equivocado, etc. O erro, assim, sempre perseguiu o processo.

---

<sup>210</sup> UBERTIS, Giulio. **Fatto e valore...**, p. 75: “*se il giudizio sulla quaestio facti non può essere mai di <puro fatto> perchè strutturato in riferimento a coordinate giuridiche, quello sulla quaestio iuris è necessariamente legato al <fatto> pure nella misura in cui, anche nella analisi della norma che si ritiene applicabile, si risente della <tensione> alla giustizia concreta propria di tutto l’ordinamento*”. (tradução da autora)

<sup>211</sup> FRANCESCO M. IACOVIELLO até ressalta que no sistema italiano o Escabinado não decide se o indivíduo praticou o ato criminoso ou não: ele decide se o indivíduo é culpado ou

A primeira tentativa, para afastar o erro, foi de eliminar o erro judicial e, com ele, o juiz, através dos juízos de Deus; aqui, o árbitro tinha a tarefa única de fazer cumprir o ritual escolhido e pronunciar o seu resultado. Depois, através da tarifa legal, pretendeu-se fazer prevalecer um discurso (falso) de que quem decidiria o processo seria a lei (o legislador, por certo) e não o juiz. Todavia, esqueceu-se que mesmo com o tarifamento da prova, cabia ao magistrado reconhecer as provas produzidas e dar a elas o valor preestabelecido pelo texto legal – a ele cabia interpretar as regras probatórias. Posteriormente, abandona-se a lógica individualista do juiz e se apela para a lógica do senso comum do Escabinado ou do júri (dependendo do sistema ser *civil law* ou *common law*) – é o período em que as decisões são tomadas pela convicção íntima dos juízes. Não obstante, torna-se forçoso reconhecer que com esse sistema os julgadores estão completamente livres para julgar segundo elementos subjetivos, embora tivessem, na teoria, que decidir de maneira racional. A decisão depende da personalidade de cada um dos juízes que compõem o órgão colegiado e não há como controlá-la vez que não precisa ser motivada. O erro tampouco aqui está afastado<sup>212</sup>. Embora o autor não continue sua análise até a adoção do sistema do livre convencimento motivado, pode-se concluir que mesmo nele a possibilidade de erro não pode ser afastada, dentre outras coisas porque sempre, seja em que sistema for, o homem “gerenciará” o processo e a produção probatória (em suma: o conhecimento), e o ser humano jamais estará isento de errar.

De qualquer maneira, em síntese, vê-se que a motivação das decisões quanto ao direito e quanto aos fatos é tarefa deveras complexa<sup>213</sup>, que leva em consideração infinitos elementos da vida em relação, não podendo, em absoluto, ser reduzida a um mero silogismo lógico-formal.

Ademais, é preciso lembrar que assim como a interpretação do direito, também a interpretação da prova produzida no processo pode esconder as

---

inocente; tal raciocínio, necessariamente, exige a relação dos fatos com a lei, a qualificação jurídica dos fatos. IACOVIELLO, Francesco M. **La motivazione della sentenza...**, p. 31.

<sup>212</sup> IACOVIELLO, Francesco M. **La motivazione della sentenza...**, p. 25 e ss.

<sup>213</sup> Para uma melhor e mais detalhada noção acerca dessa complexidade, ver IACOVIELLO, Francesco M. **La motivazione della sentenza...**, p. 81 a 260.

verdadeiras razões do convencimento do magistrado. Não obstante, não parece simples, como quer MICHELE TARUFFO, fracionar o raciocínio judicial em três partes bem definidas: a) o raciocínio decisório, por meio do qual o juiz descobre a sua decisão; b) a formulação da decisão de fato e de direito; c) a justificação dessa decisão por meio de argumentos racionais<sup>214</sup>. Na verdade, diante da complexidade que envolve o ato de decidir e justificar, parece pobre demais tentar reduzi-lo a uma fórmula qualquer. Aliás, em passagem muito interessante, NILO BAIRROS DE BRUM afirma que quando se encontrar o juiz diante de uma situação de prejulgamento e a necessidade de motivação,

“buscará, então, o julgador outro caminho que pode ser através da avaliação da prova ou por meio da interpretação da norma. Geralmente, pelo menos entre nós, os juízes preferem o primeiro caminho, já que a prova é produzida longe dos tribunais e a possibilidade de controle é mais difícil. Além do mais, a interpretação do direito penal é bastante rígida. Aqueles que freqüentam as varas criminais sabem que o maior número de absolvições, por exemplo, dá-se com base no inciso VI do art. 386 do Código de Processo Penal vigente. Este é, realmente, o caminho mais fácil para justificar uma absolvição discutível, já que a valoração da prova – como vimos – encerra operações muito subjetivas e dificilmente haverá um processo judicial que não contenha, pelo menos, duas versões verossímeis. Na determinação da verdade processual haverá quase sempre opções ao livre convencimento do juiz”<sup>215</sup>.

Então, assim como o direito, a prova também pode ser – e é – usada como argumento pelo juiz ao justificar a sua decisão. Para NICOLA FRAMARINO DEI MALATESTA, “sabe-se como a cultura superior e a flexibilidade do engenho de um homem, como o magistrado, habituado à contínua ginástica intelectual, tornam possível, narrando fatos e provas, dar, a uns e outros, uma natureza e um valor não correspondentes à sua realidade”<sup>216</sup>.

Na verdade, em um sistema processual baseado no livre convencimento motivado, é praticamente impossível (se não impossível) se demonstrar quais as razões que levaram o juiz a decidir de determinada forma. Especialmente no que diz ao exame do material probatório, uma vez que os códigos são lacônicos, a doutrina extremamente flexível e a jurisprudência muitas vezes – ou quase

<sup>214</sup> TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza. *Genesis...*, p. 181.

<sup>215</sup> BRUM, Nilo Bairros de. *Requisitos retóricos...*, p. 73.

sempre – deixa a desejar. A partir disso, os juízes têm a possibilidade real de manipular os fatos segundo seus interesses, suas opiniões pessoais, sua ideologia, ainda que de forma inconsciente. Aqui também há a prevalência dos juízos de valor sobre os juízos descritivos<sup>217</sup>. Por isso é que se tem a exigência da motivação como importante garantia para as partes, na medida em que pretende exigir do magistrado a formação de um convencimento baseado em razões confessáveis, ou ao menos passíveis de confissão (e assim, de serem controladas) constituindo-se como um verdadeiro meio de pressão sobre a consciência do juiz<sup>218</sup>.

### 2.2.3. OS VÍCIOS DA MOTIVAÇÃO

A exigência da motivação das decisões, infelizmente, muitas vezes é desrespeitada pelos magistrados, tidos como os garantidores, por excelência, da democracia. O fato de que o ato de motivar é complexo não poderia fazer com que os juízes dele fugissem sob nenhuma hipótese. Alguns não o fazem porque evidentemente não têm capacidade de desenvolver um mínimo raciocínio razoável capaz de fazer compreender os motivos que o levaram a decidir de uma determinada forma. Outros têm dificuldade em motivar porque as razões que o levaram a optar por um dos caminhos não pode ser trazida à lume sob pena de ter seu ato invalidado. Outros tantos deixam de justificar suas decisões porque não vêem neste ato nenhuma relevância que enseje tal desperdício de tempo e tinta, dentre outras razões (por exemplo, a decisão que recebe a denúncia ou a queixa-crime, que se resume, por vezes, a um carimbo). Fato é que a motivação muitas vezes é deixada de lado, total ou parcialmente, de qualquer maneira, em evidente prejuízo para os envolvidos no processo e também, por que não, a toda sociedade.

---

<sup>216</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Trad. Paolo Capitanio. 2.ed. Campinas. Bookseller, 2001, p. 105.

<sup>217</sup> BRUM, Nilo Bairos de. **Requisitos retóricos...**, p. 70-71.

<sup>218</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões...**, p. 113.

Em que pese a exigência de motivação das decisões não ser apenas determinação legal, mas também constitucional, é bastante grande o número de decisões que são anuladas todos os dias pela não observância de tal dever pelo julgador – isso sem contar as outras milhares de decisões que sequer são objeto de recurso. No Processo Penal, ademais, a situação encontra-se agravada por conta da exigência de dupla fundamentação das sentenças condenatórias: uma com relação à condenação e outra com relação à aplicação da pena.

Basicamente, pode-se falar em dois vícios da sentença referentes ao requisito da fundamentação: a ausência de motivação e a insuficiência da motivação. A primeira, consoante dispõe o próprio texto constitucional (art. 93, IX, CR), e também a legislação infraconstitucional (art. 564, III, “m”, CPP), é necessariamente causa de *nulidade absoluta* da decisão. A segunda, no entanto, a nulidade dependerá da análise do caso concreto<sup>219</sup>. Nas palavras de JOSÉ FREDERICO MARQUES,

“a motivação (art. 381, nº III) é de todo imprescindível, tanto mais que, adotado o princípio do livre convencimento, só a fundamentação pode evitar o arbítrio (art. 157) e dar a conhecer às partes de como se operou a valoração das provas. A falta de motivação constitui, assim, nulidade insuprível, não havendo outro meio para saná-la senão determinando ao juiz que profira nova decisão devidamente motivada”<sup>220</sup>.

No primeiro caso, constata-se a absoluta inexistência de um discurso de justificação, que pode ser representada tanto pela inexistência de qualquer texto

<sup>219</sup> “A proposito di motivazione mancante, una distinzione va fatta, preliminarmente, tra ‘mancanza’ di motivazione e semplice ‘insufficienza’ di essa, distinzione imposta non solo dalla differenza ontologica – che, tutto sommato, è solo quantitativa – tra i due concetti, ma anche, e soprattutto, dalla diversità di conseguenze giuridiche processuali che si determinano a seconda che la motivazione sia mancante o soltanto insufficiente: nella prima ipotesi, il cui ‘ambitus’ dev’essere rigorosamente delimitato, la sentenza, come sappiamo, è nulla; nella seconda si provvede – lo abbiamo già rilevato – al procedimento di rettificazione e la sentenza mantiene la sua prima validità”. BELLAVISTA, Girolamo; TRANCHINA, Giovanni. **Lezioni di diritto processuale penale**. 7.ed. Milano: Giuffrè, 1982, p. 429. [“a propósito de motivação ausente, uma distinção é feita, preliminarmente, entre ausência de motivação e sua simples insuficiência, distinção imposta não só pela diferença ontológica – que, em última análise, é apenas quantitativa – entre os dois conceitos, mas também, e sobretudo, pela diversidade de consequências jurídico-processuais que se verificam segundo a motivação seja ausente ou apenas insuficiente: na primeira hipótese, cujo âmbito deve ser rigorosamente delimitado, a sentença, como sabemos, é nula; na segunda, ela é submetida – já ressaltamos – ao procedimento de retificação e a sentença mantém a sua plena validade” (tradução da autora)].

ou ainda pela aparência de motivação, isto é, apresentação de um discurso que nada diz com a decisão. A primeira situação é facilmente identificável. Já a segunda muitas vezes passa despercebida, pois o julgador de regra se utiliza de modelos de decisão já existentes, em que reproduz afirmações genéricas e vazias de conteúdo, que bem podem ser aplicados às mais distintas situações, independentemente de um exame efetivo dos elementos do caso concreto. Ou então se utiliza daquilo que a doutrina chama de motivações tautológicas (ou que envolvem uma petição de princípio<sup>221</sup>), nas quais são apresentadas as próprias palavras da lei como se fossem as razões do convencimento judicial<sup>222</sup> (exemplo clássico desta postura encontra-se nas decisões que decretam a prisão preventiva do acusado, em que de regra o magistrado ocupa-se em transcrever as palavras do art. 312 do CPP).

Ao lado das hipóteses de ausência de fundamentação, podem ser encontradas, ainda, os casos em que fundamentação há, mas é insuficiente. Nestes casos, a decisão carece, em última análise, da devida *integridade*, ou seja, não são objeto de justificação “*todos* os elementos estruturais de cada particular decisão, como a escolha e interpretação da norma<sup>223</sup>, os diversos estágios do procedimento de verificação dos fatos, a qualificação jurídica destes, etc., bem como os *critérios* (jurídicos, hermenêuticos, cognitivos, valorativos) que presidiram as escolhas do juiz em face de cada um desses componentes estruturais do procedimento decisório”<sup>224</sup>.

Tradicionalmente, a motivação será insuficiente quanto ao direito, aduz MARIA THEREZA GONÇALVES PERO, em quatro situações:

“quando o juiz não indica a norma ou princípio de que extraiu o argumento usado para chegar à decisão, toda vez que tal indicação não seja dedutível do contexto, ou

<sup>220</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v. 2 Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. 429-430.

<sup>221</sup> Sobre o conceito de petição de princípio, ver, por exemplo, PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Traité...**, p.151. [Tradução brasileira: **Tratado...**, p. 127: “a petição de princípio consiste num uso do argumento *ad hominem* quando ele não é utilizável, porque ela supõe que o interlocutor já aderiu a uma tese que o orador justamente se esforça por fazê-lo admitir”].

<sup>222</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação...**, p. 186.

<sup>223</sup> Leia-se regra.

<sup>224</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação...**, p. 175.

restem dúvidas quando à indicação; quando houver mera indicação da norma sem sua interpretação, gerando dúvidas quanto aos motivos pelos quais o juiz a considerou incidente no caso; quando a decisão se baseia em mais de uma norma e nem todas – com a relativa interpretação – são indicadas, ou, finalmente, quando não são indicadas as razões da opção por uma norma em lugar de outra também aplicável à espécie”<sup>225</sup>.

No que se refere à motivação de fato, enumera outros casos tradicionais de insuficiência:

“a motivação em fato, por sua vez, será insuficiente quando o julgador não deixar claras as fontes de prova de que decorre o acerto dos fatos, ou a indicação resultar obscura; quando, havendo nos autos diversos elementos probatórios, vertentes sobre o mesmo fato, faltar uma valoração conjunta e comparativa dos mesmos, sendo efetivamente considerados apenas alguns deles; e, finalmente, quando não se tiver claros os motivos que levaram o juiz a optar pela não assunção de uma determinada prova em detrimento de outra igualmente ou até mais relevante, ‘e, por consequência, tenha julgado e justificado o próprio convencimento com base em uma visão parcial do material probatório disponível’”<sup>226</sup>.

Em suma, a decisão é insuficientemente justificada quando não analisa todas as teses e provas trazidas ao processo, em respeito ao contraditório, quando considera elementos que não se encontram nos autos, quando apresenta controvérsia entre os próprios argumentos utilizados, por exemplo entre a fundamentação e o dispositivo (o que a doutrina e a jurisprudência costumam chamar de “sentença suicida”) e ainda quando as conclusões relativas à análise de fato e de direito não dizem com os princípios gerais e valores protegidos pelo ordenamento jurídico (contradição externa). Em outras palavras, quando deixa de ter justificação interna (nexo que funda a decisão através da ligação dos fatos com o direito) e externa (escolha dos fatos a serem considerados e do direito a serem aplicados que depois serão articulados na justificativa interna)<sup>227</sup>.

Não se pode confundir, entretanto, insuficiência ou ausência de motivação com a fundamentação concisa, embora muitas vezes tal diferenciação seja bastante tênue e subjetiva, o que dá, sem sombra de dúvida, ensejo ao erro judiciário. De qualquer maneira, tem-se entendido que a fundamentação sucinta

<sup>225</sup> PERO, Maria Thereza Gonçalves. **A motivação da sentença civil**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 92.

<sup>226</sup> PERO, Maria Thereza Gonçalves. **A motivação...**, p. 93-94.

<sup>227</sup> TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza. **Genesis...**, p. 183.



não caracteriza nulidade da decisão, pois nestas hipóteses, ainda que de forma condensada, há sim análise dos elementos de prova, bem assim a valoração e solução das questões de fato e de direito trazidas ao processo. Não raras vezes, porém, os tribunais têm anulado decisões por conta de sua excessiva concisão, que acaba por despir a decisão de sua imprescindível clareza e racionalidade<sup>228</sup>.

*A doutrina e a jurisprudência reconhecem, ainda, casos em que não há vício da decisão pela ausência ou insuficiência de motivação, mas o discurso justificativo, de alguma forma, desobedece à garantia prevista no art. 93, IX, da Constituição da República. Em que pese essas situações ocorrerem com certa frequência na realidade judiciária, fato é que os tribunais, infelizmente, apresentam uma postura de condescendência a esta prática, de certa forma “legitimando” a utilização de meios questionáveis de respeito à garantia constitucional.*

Três são, tradicionalmente, estas formas controvertidas de fundamentação: a motivação implícita, a motivação aliunde e a motivação *ad relationem*<sup>229</sup>. Na motivação implícita, a decisão conta com certas lacunas referentes a algum fato ou questão de direito, cuja superação, entretanto, entende-se possível “em virtude da relação lógica existente entre aquilo que ficou expresso no texto judicial e aquilo que também deveria ter sido objeto de justificação mas não foi”<sup>230</sup>. Exemplo clássico desta maneira de fundamentação aceita sem problemas pelos tribunais é o caso em que a decisão, acolhendo o pedido de uma das partes, não se manifesta com relação ao pedido contrário, que

<sup>228</sup> Neste sentido se manifestam GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, 211-215.

<sup>229</sup> Essa classificação tríplice quem faz, por exemplo, é ROGÉRIO LAURIA TUCCI. ver: **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 273-274.

<sup>230</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação...**, p. 197.

se supõe, implicitamente, afastado. Isso, no entanto, é bastante complicado, pois nem sempre um pedido é exatamente o contrário do outro, para que o acolhimento de um exclua necessariamente o outro. De regra, os pedidos contêm outros elementos, que devem ser examinados, sob pena de nulidade da decisão. Assim, parece que a melhor saída é a não-admissão de motivação implícita, para que em nenhum momento haja dúvida sobre a efetiva motivação da decisão judicial. Até porque os tribunais e muito menos as partes e o resto da sociedade não têm obrigação de adivinhar aquilo que está implícito no discurso judicial; pelo contrário, a motivação é exigida justamente para que todos conheçam efetivamente as razões que levaram o juiz a decidir de determinada forma.

Outra forma questionável de fundamentação é a chamada motivação aliunde, na qual se faz simples menção a atos, documentos, produzidos *em outro processo*. Por fim, a fundamentação *ad relationem* ou *per relationem*. Nestes casos a decisão também é lacunosa, mas a sua integração não se encontra através da análise de seu próprio conteúdo, senão que através do conteúdo de um outro documento, porém constante do mesmo processo – uma decisão anterior, as alegações de uma das partes, entre outros. Embora de fato exista uma verdadeira sobrecarga de serviço para os juízes, aceitar este tipo de conduta é efetivo convite à prolação de decisões carentes de fundamentação, não só porque a remissão a um outro documento pode deixar de fora a análise de uma ou outra questão importante para a solução do caso penal, inclusive aquelas que podem ser reconhecidas de ofício e não foram alegadas por nenhuma das partes, mas também porque pode fazer remissão a uma outra decisão, por exemplo, não fundamentada ou de fundamentação insuficiente. Com efeito, não há nenhum problema em se acatar as mesmas razões de uma anterior decisão ou até mesmo das razões apresentadas por uma das partes, todavia, por prudência e respeito à garantia constitucional deve o magistrado ter o cuidado de transcrever

---

expressamente os pontos por ele aceitos e incorporados à decisão, juntamente com outros pontos que fazem parte de sua pessoal justificação<sup>231</sup>.

Todos estes vícios de motivação acima apresentados configuram, em última análise, uma falta de justificação. A motivação, a argumentação, pressupõe, de regra, uma atitude positiva do julgador em falar ou escrever as razões de seu convencimento. Porém, nesses casos de desobediência da exigência de motivar, o que se tem é exatamente uma atitude negativa por parte do magistrado, pois silencia quanto ao seu dever de fundamentar suas decisões. Isto, no entanto, não descaracteriza o discurso retórico de motivação, pois o silêncio, para CHAÏM PERELMAN, não passa de uma forma de acordo referente às premissas<sup>232</sup>. O silêncio também fala, e por vezes é muito mais expressivo que a própria fala<sup>233</sup>, como afirma BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS:

“à primeira vista, o silêncio é um não-tema, ou, o que é o mesmo, um tema trivial, pois que, sendo o silêncio apenas um vazio caótico entre as palavras faladas, não pode por isso ser analisado em si mesmo, mas tão só em termos das palavras que, pela ausência, o criam. (...) Basta reter para os objectivos do presente trabalho que o silêncio, longe de ser um vazio caótico, é uma realidade comunicativa estruturante, contida pela linguagem tal como esta é contida pelo silêncio. (...) Tal como acontece com as palavras, também com o silêncio não só se dizem coisas como se fazem coisas e neste sentido o silêncio é um acto de fala...”<sup>234</sup>.

<sup>231</sup> Para maiores detalhes destas duas formas de fundamentação, ver: GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades...**p.211-215; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação...**, p. 196 e ss., e PERO, Maria Thereza Gonçalves. **A motivação...**, p. 95 e ss.

<sup>232</sup> Para CHAÏM PERELMAN, a noção de acordo é fundamental para o desenvolvimento da argumentação. Afirma que “tanto o desenvolvimento como o ponto de partida da argumentação pressupõem o acordo do auditório”. Aduz ainda que o acordo pode ter por objeto tanto o conteúdo das premissas apresentadas pelo orador como também as ligações entre as premissas e a forma de utilização dessas ligações. De qualquer forma, do início ao final, o exame da argumentação vai dizer com aquilo que é admitido (presumidamente) pelo auditório. Em outras palavras, o acordo é exatamente a adesão ou a propensão à adesão, demonstrada pelo auditório, ao discurso do orador. Por isso que se diz que o acordo é que vai reger a argumentação do início ao fim: para iniciar, o orador, adaptando-se ao auditório, vai se utilizar dos argumentos passíveis de admissão pelos ouvintes; no decorrer da argumentação, de acordo com a reação do auditório, o orador vai modificar ou não a sua técnica argumentativa, com vistas sempre ao seu objetivo maior, qual seja, a adesão, o acordo do auditório. PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Traité...**, p. 87. [Tradução brasileira: **Tratado...**, p. 73].

<sup>233</sup> Para maiores detalhes sobre o silêncio no direito, ver: PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Traité...**, p. 145-146. [Tradução brasileira: **Tratado...**, p. 122-123].

<sup>234</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica**. Porto Alegre: SAFE, 1988, p. 37-38.

Consoante aduz o Professor português, o poder do juiz também pode ser medido através da “ausência de intervenções verbais, isto é, pelo uso autónomo e controlado do silêncio, podendo até suceder que o poder seja tanto maior quanto maior for o silêncio”<sup>235</sup>. E continua:

“a articulação fala/silêncio permite captar os diferentes ritmos temporais a que é submetido, em diferentes momentos, o processamento do litígio. Tais ritmos são fundamentalmente os ritmos do discurso jurídico e neles se condensam as múltiplas negociações em que os participantes intervêm ao longo do desenrolar do processo. O tempo dos actos discursivos é a chave da inteligibilidade do discurso no seu todo, pois, como se sabe, o tempo é o irmão da retórica, tal como o espaço é irmão da lógica apodítica”<sup>236</sup>.

É preciso lembrar, por último, que em determinados casos até mesmo o excesso de justificação torna a decisão nula. Como exemplo claro de tal situação tem-se a decisão de pronúncia, no rito do júri. Após as alegações do art. 406 do CPP, o juiz deve decidir se manda ou não o acusado a julgamento pelo Tribunal do Júri; se decidir que é caso de desclassificação, impronúncia ou absolvição sumária, deve justificar exaustivamente sua atitude, porém, se a hipótese for de pronúncia do acusado, embora sua decisão deva ser fundamentada, ele deve fazê-lo apenas e tão-somente para mostrar que existe prova da materialidade do delito e indícios de autoria (*in dubio pro societate*), sob pena de influenciar a decisão a ser tomada, na seqüência, pelo Conselho de Sentença<sup>237</sup>. Outro exemplo bastante corriqueiro e importante é a decisão do Tribunal de Justiça na apelação do rito do

<sup>235</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **O discurso...**, p. 38.

<sup>236</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **O discurso...**, p. 40.

<sup>237</sup> STF: “Sentença de pronúncia – Fundamentação – Teor. A sentença de pronúncia deve consubstanciar a certeza quanto à materialidade do delito e a revelação de indícios sobre a autoria. Não lhe é própria a utilização de tintas fortes quer relativamente à autoria, ou à personalidade do acusado, simples acusado, quer às circunstâncias em que ocorrido o crime, sob pena de vício grave, capaz de maculá-la, isto tendo em conta que a competência dos jurados para o julgamento e a necessidade de manutenção, pelo Juiz Presidente do Tribunal do Júri, da equidistância desejável. A sentença de pronúncia não pode servir de argumento à acusação, influenciando o ânimo dos jurados. O comedimento e a sobriedade do emprego dos vocábulos hão de ser constantes. Descabe, a título de fundamentação, tomar de empréstimo peça apresentada pela acusação. Precedente: *habeas corpus* n. 69.133, relatado pelo Ministro Celso de Mello perante a Primeira Turma”(HC 72.049-8-MG, DJU de 10-05-2001, p. 64). MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal interpretado**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 1088-1089. Ressalte-se que em verdade não se trata de sentença de pronúncia, mas sim de decisão interlocutória mista não-terminativa, na classificação de FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO já comentada.

Júri. Neste caso, ao julgar o recurso, o Tribunal de Segunda Instância deve limitar-se apenas a anular o julgamento, se for o caso, sem, contudo, justificar demais sua decisão para não influenciar o novo julgamento, sob pena de afrontar a garantia constitucional da soberania dos veredictos (art. 5º, XXXVIII, c, CR)<sup>238</sup>. Nesses dois casos, a motivação excessiva levará à nulidade das decisões. O problema está, ao que parece, em decidir o que é fundamentar demais uma decisão.

Embora possa parecer exaustivo, o que se procurou fazer foi justamente mostrar o quão complexa é a motivação das decisões judiciais e como há infinitos elementos externos que podem ser utilizados para manipular a exigência feita aos julgadores de mostrar as suas razões de convencimento. Várias são as interpretações que podem ser dadas ao direito; várias são as leituras que podem ser feitas sobre os fatos discutidos no processo; várias são as formas de construção do discurso justificador da decisão e várias são as formas de burlar esse discurso. Toda essa complexidade, certamente, vai ter importância fundamental na questão do controle das decisões elaborada pelos magistrados.

### 2.3. AS FINALIDADES DA MOTIVAÇÃO E AS FINALIDADES DO PROCESSO PENAL

---

<sup>238</sup> STF: “É certo que as decisões do Tribunal do Júri não podem ser alteradas, quanto ao mérito, pela instância *ad quem*, podendo apenas ser anuladas para que o mesmo Júri reveja a sua decisão, mantendo ou modificando a mesma. Assim, não podem os juízes da instância superior substituir os jurados na apreciação do mérito da causa já decidida pelo Tribunal do Júri, à vista do princípio constitucional da soberania do veredicto, previsto no art. 5º, XXXVIII, c, da CF. Todavia, a soberania do Júri não afasta a recorribilidade de suas decisões, significando apenas a impossibilidade de revisão do mérito” (RT 644/353). E ainda, STJ: “(...) *Habeas Corpus* – Júri – Decisão manifestamente contrária à prova dos autos – Novo Júri – Invasão da competência do tribunal popular. 1. O paciente foi absolvido por negativa de autoria, entendendo o acórdão ser a versão divorciada da prova dos autos e esta verificação somente se pode dar, como é lógico, mediante análise e valoração dos elementos de convicção, tarefa inviolável de se concretizar no restrito âmbito do *habeas corpus*. 2. De qualquer forma a anulação da decisão absolutória, determinando a submissão a novo julgamento popular, não invade a competência do Tribunal do Júri, consoante pacífico entendimento pretoriano. É que, naquelas circunstâncias, a atuação do Tribunal de Apelação é limitada à declaração de que as provas dos autos não foram objeto de consideração pelo Conselho de Sentença. 3. Precedentes. 4. Ordem negada” (RSTJ 137/605). (grifos da autora) MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal interpretado**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 1488-1489.

### 2.3.1. A MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES COMO GARANTIA POLÍTICA

Vista a estrutura do discurso de justificação das decisões judiciais, mister se faz relembrar os fundamentos de tal exigência. Tradicionalmente se conhecem dois: o político e o processual. O primeiro é conhecido por função extraprocessual da motivação das decisões e o segundo, por função endoprocessual.

Como garantia política, a função extraprocessual da motivação está ligada à dimensão constitucional e, por isto, adquire a natureza de garantia<sup>239</sup>, ao mesmo tempo em que lhe é assegurada a impossibilidade (ao menos teórica) de derrogação tanto pelo legislador ordinário quanto pelo juiz no caso concreto. Com efeito, o dever de motivação das decisões está intrinsecamente ligado à idéia de um “controle democrático difuso”<sup>240</sup>, isto é, está ligado completamente à noção de limitação do poder estatal ante a opinião pública. E, se isso é verdade, então a obrigação da fundamentação das decisões necessariamente terá mais força quando “imposta” numa sociedade democrática, num Estado de Direito Democrático. Como afirma MICHELE TARUFFO, o dever de motivar as decisões é expressão importante da concepção democrática do poder estatal e, de consequência, do Poder Judiciário, neste expresso pela submissão ao controle externo de seus atos por aquele povo em nome do qual se sentencia<sup>241</sup>.

MARIA THEREZA GONÇALVES PERO defende que se todo poder emana do povo, é natural que ele acompanhe a utilização desse poder pelos seus delegados e, no âmbito do Poder Judiciário, tal acompanhamento se dá pela constatação da idoneidade, ou não, de tal atuação com vistas à manutenção dos postulados do Estado de Direito; por isso, então, a fundamentação das decisões

<sup>239</sup> Trata-se de verdadeira garantia porque objetiva, em última análise, assegurar direitos, tais como o direito de defesa, o direito de ação, a dignidade humana, entre outros.

<sup>240</sup> PERO, Maria Thereza Gonçalves. **A motivação...**, p. 62.

<sup>241</sup> TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza. **Genesis...**, p. 179.

deixa de interessar apenas às partes e passa a interessar também a toda a sociedade<sup>242</sup>.

Em outras palavras, nos Estados de Direito os poderes públicos são todos exercidos conforme um padrão de legitimação racional e objetiva, que acaba por transferir ao exame da comunidade o que se chama de controle democrático difuso do poder, conferido aos representantes do povo, pelo próprio povo<sup>243</sup>. Então, nessas circunstâncias, o poder não está apenas submetido às leis, mas também “são orientados por procedimentos que satisfaçam as exigências de uma *correção argumentativa*”<sup>244</sup>. Como o que se busca, em última análise, é a *adesão* da sociedade, através da idéia de *consenso* (que vai propiciar a disposição a obedecer e também a crença de dever obedecer – com as restrições anteriormente feitas), o que se percebe, pela exaltação da opinião pública, é uma maior exigência, nas sociedades democráticas, de exposição dos fundamentos dos atos de poder em geral, não só os atos do poder jurisdicional. A opinião pública, “expressão visível da *vontade popular*, constitui ela o verdadeiro ponto de referência para a atuação dos políticos e governantes, sendo por isso permanentemente aferida, ao mesmo tempo em que se busca influenciá-la pelos meios de comunicação”<sup>245</sup>.

Essa noção de necessidade de justificação dos atos de poder aplica-se, segundo ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO, aos atos legislativos (que contam, em certa medida, com uma chamada legitimação primária), administrativos (ante o direito de informação que tem o cidadão com relação à Administração Pública) e sobretudo aos atos jurisdicionais (todos os atos jurisdicionais dotados de conteúdo decisório, não apenas as sentenças). Isso porque, enquanto os parlamentares são eleitos pelo voto popular e os

<sup>242</sup> PERO, Maria Thereza Gonçalves. **A motivação...**, p. 63.

<sup>243</sup> “O controle do Poder Judiciário pela sociedade e pelos próprios juízes é um requisito da democracia e, além disso, será a garantia de eliminação das ações e omissões que, ocultas ou protegidas pelo pretexto da preservação da independência, impedem o Judiciário de ser um verdadeiro Poder democrático”. DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 75.

<sup>244</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação...**, p. 76.

<sup>245</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação...**, p. 77.

funcionários da Administração têm seus atos controlados, em última instância, pelo chefe do Poder Executivo (eleito pelo sufrágio popular), a legitimação dos órgãos do Poder Judiciário só pode se dar pela maneira como exercem sua função, pois, no Brasil, não são eleitos. Para isso, os juízes, então, devem sempre agir motivada e publicamente, como que prestando contas<sup>246</sup> à sociedade (compreendidos neste conceito as partes, os advogados, os juízes superiores e a opinião pública) de todos os seus atos<sup>247</sup>.

Porém, tal “prestação de contas” não deve, em absoluto, ser confundida com a submissão dos juízes a pressões da população ou da mídia, no sentido de que a sociedade quer que seja tomada uma determinada decisão, em determinados termos, sob pena de se configurar manipulação de resultados e também o comprometimento da independência e imparcialidade<sup>248</sup> do magistrado. O que se conclui, em contrapartida, da análise da prática judiciária é que se retrata bastante comum essa cessão às pressões externas por parte do julgador, seja pela pressão exercida pela população, ela mesma, seja pela pressão que exerce a mídia (decisiva para alguns casos), seja pelas orientações doutrinária e jurisprudencial, quando o juiz tem, então, temor de enfrentá-las.

Desse modo, a competência para julgar um determinado conflito (no processo civil) ou caso penal (no processo penal) pertence somente ao Poder Judiciário, que é autônomo, livre, independente das demais instituições e cujos membros são livres para formar o seu convencimento – o seu livre

---

<sup>246</sup> Nestes termos se manifesta CHAÏM PERELMAN: “detentor de um poder, em um regime democrático, o juiz deve prestar contas da maneira pela qual o utiliza, através da motivação”. PERELMAN, Chaïm *La motivation des décisions de justice – Essai de synthèse*. In: PERELMAN, Chaïm; FORIERS, Paul (Org). **La motivation des décisions de justice**. Bruxelles: Bruylant, 1978, p. 422: “*détenteur d’un pouvoir, dans un régime démocratique, le juge doit rendre compte de la manière dont il en use par la motivation*”. (tradução da autora)

<sup>247</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação...**, p. 79-80.

<sup>248</sup> Aqui, não se está a falar da imparcialidade no sentido clássico e impossível, ligado à neutralidade, mas sim da imparcialidade ligada à independência do juiz e sua subordinação ao *direito* (e não à lei, que pode ser contrária ao direito), relativa ao objeto do processo e às pessoas nele envolvidas, tal como demonstra PLAUTO FARACO DE AZEVEDO em suas obras **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: SAFE, 1989, p. 76 e **Justiça distributiva e aplicação do direito**. Porto Alegre: SAFE, 1983, p. 59 e seguintes. Esse tema será mais explorado a seguir.



convencimento motivado<sup>249</sup>. O que poderá ser contestada (e assim deve ser), é apenas a decisão já exarada, momento em que os interessados poderão questionar os motivos (obrigatoriamente expostos) que levaram o juiz a decidir daquela forma. Portanto, o que a motivação deve proporcionar é a comunicação entre o juiz e a opinião pública e a possibilidade de apreciação, por parte da sociedade, da forma como o direito está sendo aplicado no caso concreto<sup>250</sup>.

A exigência da motivação, neste passo, pode ser vista como uma forma de controle popular da administração da justiça. Vale dizer, a sociedade tem, através do dever de motivação das decisões, a possibilidade (e não necessariamente a efetividade) de exercer um controle – posterior, é verdade – da decisão judicial, inclusive (e principalmente), para condicionar o seu conteúdo, no sentido de que a exigência da fundamentação acarreta a necessária apresentação à opinião pública de um discurso racional e dotado de certa coerência por parte do julgador, obrigando-o a ser, no mínimo, razoável. Para NICOLA FRAMARINO DEI MALATESTA, “a *motivação* da sentença é o meio prático, que torna possível o controle da sociedade com julgamento sucessivo ao do magistrado. A *motivação* obriga, por um lado, o juiz a basear em argumentos o próprio convencimento e torna, por outro, possível à sociedade controlar tal convencimento”<sup>251</sup>.

Ademais, a exigência da motivação serve também à proteção da legalidade (uma vez que o Estado de Direito está necessariamente ligado ao princípio da legalidade), à certeza do direito (ligada também ao princípio da legalidade), à preservação da separação dos poderes (o juiz, na medida do possível, não deve invadir a esfera legislativa), enfim, à proteção dos direitos fundamentais (especialmente ao direito à liberdade e à dignidade humana). “Na verdade, encarada sob esse elevado aspecto político, a motivação dignifica a função jurisdicional, não só por reforçar no espírito do juiz a consciência sobre a fonte maior de sua investidura, tornando-o mais aberto para ter uma visão global

<sup>249</sup> Do que se falará adiante.

<sup>250</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação...**, p. 81.

<sup>251</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas...**, p. 56.

do contexto social em que atua, mas igualmente por revelar a aceitação da legitimidade de eventuais críticas ao seu trabalho”<sup>252</sup>.

Note-se que embora esse controle pela sociedade se realize em poucos casos, se levada em consideração a totalidade dos casos concretos julgados e, na maioria das vezes, apenas por aqueles que estão em contato direto com a realidade jurídica (até porque têm mais facilidade de entender o português jurídico – não raras vezes muito mais rebuscado do que o conhecimento de quem o utiliza), isso, por si só, não pode ser desculpa para se limitar o significado da garantia constitucional. Se se tem uma população que sequer consegue ler (sem o mínimo de instrução), e magistrados que tampouco são bem preparados para bem redigir suas motivações, a saída não é deixar de exigir a referida justificação, senão que investir na preparação educacional da população e exigir dos juízes, no mínimo, que conheçam o público destinatário de seu discurso, para que qualquer cidadão, se tiver vontade de examinar o conteúdo de uma sentença, possa fazê-lo sem maiores problemas (o que não vai afastar, certamente, o entrave causado pelo desconhecimento específico – técnico – do sistema jurídico).

MICHELE TARUFFO ressalta três aspectos da função extraprocessual da motivação das decisões: 1) é o instrumental necessário para assegurar as garantias fundamentais atinentes à administração da justiça, isto é, “é através da motivação que se torna possível controlar, em cada caso, se foram respeitados princípios como o da legalidade e aqueles referentes ao justo processo”<sup>253</sup>; 2) legitima a decisão motivada perante o sistema jurídico no qual se insere, vez que “mostra que ela responde aos critérios que guiam o ordenamento e regem a atividade judicial”<sup>254</sup>; 3) a sua possível utilização como precedente faz com que seja preciso ter capacidade de convencer os juízes dos casos idênticos ou

<sup>252</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação...**, p. 82.

<sup>253</sup> TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza. **Genesis...**, p. 179: “è attraverso la motivazione, infatti, che diventa possibile controllare se nel singolo caso sono stati adeguatamente attuati principi come quello di legalità o quelli attinenti al ‘giusto processo’”. (tradução da autora)

<sup>254</sup> TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza. **Genesis...**, p. 179: “mostra che essa risponde ai criteri che guidano l’ordinamento e governano l’attività del giudice”. (tradução da autora)

análogos que surjam posteriormente, o que só é possível através de uma boa exposição dos motivos da decisão anterior. Neste sentido, para ele, “a motivação pode ter uma função de racionalização da jurisprudência, na medida em que convence os juízes dos casos posteriores a uniformizar-se com a decisão precedente em razão dos bons motivos que a justificaram”<sup>255</sup>.

Finalmente, a exigência da motivação é demasiado importante na medida em que pode ser também opção política de respeito ao ser humano, à dignidade humana, como defende ADAUTO SUANNES:

“a menos que a segurança do Estado se sobreponha aos interesses fundamentais da pessoa humana – o que já implica em opção política –, o processo penal somente pode ser considerado, tal qual deve ser nos regimes democráticos, como garantia do acusado. Garantia porque parte da necessidade de o autor (Estado) provar a acusação que faz; garantia porque substitui os processos inquisitoriais e os procedimentos sigilosos pelo processo público, em que o acusado tem até mesmo a garantia de inviolabilidade em relação a seu corpo e sua mente (*habeas corpus*); garantia porque o Estado se comprometeu a designar um técnico, um *peritus ars dicendi ac probandi*, para falar pelo réu (*ad-vocatus*); garantia porque o Estado que acusa não é, por ficção jurídica, o Estado que julga, donde ser ele obrigado a mostrar as razões de seu convencimento”<sup>256</sup>.

Desde o ponto de vista político, portanto, negar importância à exigência de motivação das decisões judiciais é retornar a períodos ditatoriais, em que ao povo não cabia saber e, muito menos, questionar, muitas vezes pagando com a própria vida aqueles que ousam (e ousaram) fazê-lo.

### 2.3.2. A MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES COMO GARANTIA PROCESSUAL

Conforme afirmado, a referida garantia possui também uma função dita processual (para alguns, *endoprocessual*). Isso significa dizer que o dever de fundamentar as decisões, a par de representar a possibilidade do controle popular

<sup>255</sup> TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza. *Genesis...*, p. 180: “la motivazione può svolgere una funzione di razionalizzazione della giurisprudenza, in quanto induca i giudici dei casi successivi ad uniformarsi alla decisione precedente in funzione della bontà dei motivi che la giustificano”. (tradução da autora)

<sup>256</sup> SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 219.

sobre as atividades judiciais de decisão, também diz respeito à técnica processual, constituindo um dos requisitos formais das decisões, assim determinado pela lei processual (tanto a civil quanto a penal). Ambas as funções se complementam. Ora, é só a partir da análise dos fundamentos elencados na decisão que se poderá, por exemplo, auferir sobre o seu exato conteúdo, em hipótese de contestação da decisão e também tanto para fins de execução da sentença quanto para a determinação da coisa julgada<sup>257</sup>. Claro que raras vezes a teoria sobre o raciocínio lógico usado para decidir será representada através da exposição de motivos, porém, não se pode negar que essa exposição deve ser formulada racional e razoavelmente.

Na verdade, então, a garantia do dever de motivar, na opinião de ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO, é um instrumento para fazer valer todas as demais garantias processuais<sup>258</sup>. É apenas através da exposição de seus motivos que o juiz torna efetiva a obediência aos princípios do contraditório, da ampla defesa, da publicidade processual e também a constatação de que o processo foi conduzido e o caso penal acertado por um julgador independente e imparcial (na medida do possível) e todas as questões foram por ele analisadas.

Da mesma forma se exprime ROGÉRIO LAURIA TUCCI, afirmando que é através da motivação que o juiz mostra como apreendeu os fatos e de que forma interpretou a lei que sobre estes mesmos fatos vai recair, proporcionando, assim, com clareza, lógica e precisão, a exata compreensão da maneira com que foram examinadas todas as questões suscitadas no processo e como se chegou a tal conclusão. Por isso, aduz que quatro são as principais funções da motivação como garantia processual:

“a) no plano subjetivo, evidenciar ao órgão jurisdicional monocrático ou coletivo que o profere, e ‘antes mesmo que às partes, a *ratio scripta* que legitima o ato decisório, cujo teor se encontrava em sua intuição’; b) objetivamente, persuadir as partes, especialmente aquela desfavorecida pelo ato decisório, de que este se ateve à realidade fática e jurídica retratada nos autos do processo, com a correta aplicação da

<sup>257</sup> Note-se que, no âmbito do processo penal, a importância da justificação das decisões para a coisa julgada, ao que parece, resume-se à confirmação da análise das questões de fato que compõem o fato principal, o qual, por sua vez, é tido como limite objetivo da coisa julgada, a teor do art. 110, § 2º, do CPP.

<sup>258</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação...**, p. 96.

lei aos fatos, devidamente comprovados, de sua perfeita especificação ao caso concreto; c) no campo da hierarquia funcional, no exercício da jurisdição, permitir o controle crítico do decidido, delimitando o conteúdo da vontade de seu prolator, e, consequentemente, dos limites objetivos do julgado, e propiciada ao órgão recursal rigorosa análise, tanto no aspecto formal, como no material, do pronunciamento recorrido; e d) servir, quando correta e justamente proferido o ato decisório, para o aprimoramento da aplicação do direito, e, reflexivamente, para o aperfeiçoamento das instituições jurídicas e da orientação jurisprudencial”<sup>259</sup>.

Há distintos objetivos da garantia processual da fundamentação das decisões. O primeiro deles (e talvez o mais importante), no sentido de que é pressuposto para se alcançar os demais, é o fato de que a partir da exigência da motivação se procura assegurar que a decisão represente em seu conteúdo a efetiva apreciação de todas as questões de fato e de direito apresentadas no processo. Para tanto, o juiz deverá conhecer toda a matéria reunida no processo (efetiva cognição judicial).

Lembrando os ensinamentos de KAZUO WATANABE, tem-se que a cognição está sempre voltada à produção de um resultado final, que se traduz na prestação jurisdicional completa. A motivação, neste passo, consiste em um discurso destinado a justificar de forma racional o ato motivado. E a motivação, segundo o autor, não pode ser confundida com a mera descrição do processo lógico que seguiu o magistrado para chegar à determinada decisão: a motivação ora exprime mais que a descrição, pois abrange não só os elementos intuitivos, como também os argumentos retóricos, ora exprime menos que a descrição, uma vez que não contera as hipóteses rejeitadas na formação da decisão. De qualquer maneira, não se confundem<sup>260</sup>. Para ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO, “a exigência de motivação dos provimentos penais integra e completa todo um sistema de garantias penais e processuais penais cuja rigorosa observância constitui condição de legitimidade da imposição de qualquer medida punitiva no Estado de direito”<sup>261</sup>. Aliás, como bem ressalta JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, a justificação da decisão é tanto mais necessária quanto

<sup>259</sup> TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias...**, p. 263-264.

<sup>260</sup> WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 65-66.

<sup>261</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação...**, p. 98.

maior for a discricionariedade do ato judicial<sup>262</sup> e, em tempos de livre convencimento motivado, portanto, a justificação é sempre necessária.

Em segundo lugar, pode-se dizer que é apenas através da motivação que se pode ver garantida a independência e imparcialidade do juiz, corolários do devido processo legal. Ambas as garantias estão por demais ligadas uma à outra: a independência é pressuposto da imparcialidade e a imparcialidade é manifestação da independência do magistrado no âmbito do processo.

Assim é que a exigência da motivação vai assegurar os limites da independência do juiz, evitando não só a invasão dos Poderes Executivo e Legislativo na esfera judiciária, mas também o arbítrio do próprio Poder Judiciário sobre os demais poderes. Ou seja, a partir da motivação é possível auferir se a decisão foi exarada dentro do âmbito de competência de cada um dos três poderes, evitando-se, assim, qualquer tipo de intromissão.

Da mesma forma, é da análise da fundamentação da decisão que se pode constatar se o magistrado foi imparcial no acerto do caso penal. Vale dizer, somente a partir da motivação da decisão se pode verificar se o juiz, na medida do possível, procurou manter-se equidistante das partes e garantir a paridade de armas entre elas. Para KAZUO WATANABE, a exigência da motivação é decorrência do princípio do juiz natural, que, por definição, deve ser imparcial<sup>263</sup>.

E, em que pese não se acreditar na absoluta imparcialidade, de qualquer maneira, com a motivação se torna possível avaliar o grau da imparcialidade do juiz, se encontra-se dentro dos limites da normalidade, portanto aceitável, ou se está absolutamente afastado dos limites da razoabilidade. Há que se atentar, entretanto, para o fato de que muitas vezes as verdadeiras razões da decisão são escamoteadas pela utilização de argumentos outros que pretendem legitimar a opção.

Em terceiro lugar, a exigência da motivação das decisões está necessariamente ligada à garantia constitucional do devido processo legal, traduzida no contraditório e na ampla defesa. Através da análise dos fundamentos

---

<sup>262</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação..., p. 116.

da decisão, por certo se pode verificar se o magistrado proporcionou às partes a oportunidade de se manifestarem no processo sobre todas as questões que ali surgiram.

O respeito ao dever de motivar representa a última expressão do contraditório, uma vez que implica obrigação do magistrado de levar em consideração toda a atividade das partes realizada no processo, seja na prolação da decisão final, seja na decisão de uma questão durante o decorrer do processo (por exemplo, o indeferimento da produção de determinada prova). É importante destacar que não interessa a mera participação dos interessados, senão que a relevante participação das partes no processo, na medida em que suas ponderações devem ser, necessariamente, analisadas pelo julgador, que pode aceitá-las ou não, explicando a sua opção.

Além disso, a efetiva apresentação das razões de seu convencimento (e somente ela) é capaz de garantir às partes o seu efetivo conhecimento para que possam, querendo, contestá-las. Aliás, MARIA THEREZA GONÇALVES PERO chega a afirmar que a função processual da garantia da motivação “consiste essencialmente em permitir que as parte exercitem o seu direito de recorrer, partindo do conhecimento das razões do julgado, além de ainda facilitar o controle das decisões e a uniformização da jurisprudência pelas instâncias superiores”<sup>264</sup>.

Com efeito, não há como se criticar honestamente algo que não se conhece. Por isso, para que as partes possam contestar a decisão do magistrado é imprescindível que conheçam as suas razões, que podem, muitas vezes, convencê-las de que a opção feita de fato é a melhor. Demais disso, só a efetiva motivação permite que a decisão possa ser reapreciada completamente quando da interposição de um recurso, tanto para efeitos de modificação quanto para efeitos de confirmação<sup>265</sup>. Em alguns casos, até, o préquestionamento da matéria é

---

<sup>263</sup> WATANABE, Kazuo. **Da cognição...**, p. 67.

<sup>264</sup> PERO, Maria Thereza Gonçalves. **A motivação...**, p. 70.

<sup>265</sup> Nas palavras de MICHELE TARUFFO, “*Questa funzione (endoprocedural) è connessa direttamente con l’impugnazione della sentenza, e si articola in due aspetti principali: a) la motivazione è utile alle parti che intendano impugnare la sentenza, poiché la conoscenza dei*

essencial para que se possa interpor o recurso, como nas hipóteses de recurso especial e extraordinário.

Por outro lado, mesmo os atos irrecorríveis devem comportar devida motivação<sup>266</sup>. Isso porque, como já se disse, as funções endo e extraprocessuais da garantia constitucional se complementam e ambas estão sempre presentes. Assim, mesmo que a decisão exarada seja irrecorrível – como acontece, principalmente, nos Tribunais Superiores – ainda sim deve ser motivada, vez que a exigência contida no art. 93, IX, da CR, destina-se a todos os magistrados. Como bem ressalta JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA:

“Não é a circunstância de estar emitindo a última palavra acerca de determinado litígio que exime o órgão judicial de justificar-se. Muito ao contrário, é nesse instante que a necessidade de justificação se faz particularmente aguda: o pronunciamento final, exatamente porque se destina a prevalecer em definitivo, e nesse sentido representa (ou deve representar) a expressão máxima da garantia, precisa, mais do que qualquer outro, mostrar-se apto a corresponder à função delicadíssima que lhe toca. Não é admissível que a garantia se esvazie se despoje de eficácia, no momento culminante do processo mediante o qual é chamada a atuar”<sup>267</sup>.

Finalmente, a motivação é garantia da publicidade dos atos processuais. A motivação e a publicidade estão intimamente ligadas numa relação de instrumentalidade recíproca, decorrente da finalidade comum de tornar possível a comunicação entre a atividade processual e o ambiente social. Ora, a publicidade tem sentido ser exercida se a decisão for fundamentada, pois não há que se falar em publicação, como afirma ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO, de um

---

*motivi della decisione facilita l'individuazione degli errori commessi dal giudice comunque degli aspetti criticabili della decisione stessa, e quindi rende più agevole l'individuazione dei motivi di impugnazione (...); b) la motivazione della sentenza è poi utile al giudice dell'impugnazione, poiché gli facilita il compito di riesaminare la decisione impugnata prendendo in considerazione le giustificazioni addotte dal giudice inferiore*”. [“Esta função está diretamente ligada à impugnação da sentença e se articula em dois principais aspectos: a) a motivação é útil para as partes que pretendem impugnar a sentença, vez que o conhecimento dos motivos da decisão facilita a individualização dos erros cometidos pelo juiz e também dos aspectos criticáveis nela contidos, deixando, assim, mais rápida a identificação dos motivos da impugnação(...); b) Além disso, a motivação da sentença é útil ao juiz da impugnação, tendo em vista que facilita a tarefa de reexaminar a decisão impugnada, ao levar em consideração as justificativas apresentadas pelo juiz da instância inferior” (tradução da autora)]. TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza. **Genesis...**, p. 178.

<sup>266</sup> TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza. **Genesis...**, p. 178 e BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação..., p. 118-119.

<sup>267</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação..., p. 118.



*dictum* oracular. Do mesmo modo, de nada adiantaria ser a decisão fundamentada se a ela não fosse dada publicidade para que todos pudessem ter conhecimento da referida motivação. E isso se aplica, inclusive, aos casos de segredo de justiça – para se saber se a hipótese se enquadra em um dos casos de limitação da publicidade, há que se analisar os fundamentos da decisão – e nos casos em que a própria publicidade interna deve ser restringida (ex.: art. 217 do CPP), sob pena de inconstitucionalidade<sup>268</sup> - art. 93, IX, CR.

### 2.3.3. A FINALIDADE DO PROCESSO PENAL

Tradicionalmente, os manuais de Direito Processual Penal dedicam algumas páginas ao tratamento da finalidade do processo penal. Alguns iniciam o tema pela apresentação dos escopos da jurisdição para, em seguida, atribuir os mesmos fins ao processo.

Consoante ensina CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, na visão mais antiga do sistema jurídico, quando se tinha como seu ponto central a ação, o direito de ação (que se confundia com o direito subjetivo material dos indivíduos), entendia-se que o fim do processo (especialmente civil) era a tutela de direitos<sup>269</sup>. Ou, como relata JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, pensava JAMES GOLDSCHMIDT que o processo, civil e penal, servia sempre à “obtenção de uma sentença com força de caso julgado”<sup>270</sup>. De qualquer maneira, nem uma, nem outra serve à concepção atual da jurisdição e do processo. Segundo assinala CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, embora seu estudo parta da impossível idéia de uma teoria geral do processo<sup>271</sup>, também no processo penal a jurisdição serve à tutela das pessoas e não apenas de direitos

<sup>268</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação...**, p. 104-105.

<sup>269</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 151.

<sup>270</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. v. 1. Coimbra: Coimbra, 1981, p. 41.

<sup>271</sup> Sobre o tema, veja-se: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989.

considerados abstratamente (em outras palavras, à tutela do ordenamento em si próprio)<sup>272</sup>.

A partir de tais considerações, pode-se recair nos também conhecidos fins ideais do processo penal: a descoberta da verdade, a realização da justiça e a segurança jurídica. Para o processo penal, insistem ainda muitos na idéia de que se busca a verdade material, em contraposição à verdade formal do processo civil. Entretanto, no mínimo desde o século passado, com FRANCESCO CARNELUTTI, sabe-se que essa dicotomia desapareceu, restando apenas a convicção (para não dizer certeza) de que a “a verdade está no todo e o todo é demais para nós”<sup>273</sup>. Sendo assim, a ‘verdade’ a que se chega no processo é sempre parcial e determinada de acordo com aquele que possui a gestão das provas, no caso brasileiro, o juiz.

Com efeito, como diz GIUSEPPE CAPOGRASSI, há qualquer coisa de mágico no processo<sup>274</sup>, vez que tem como ponto de partida (para a sua solução) a tentativa de reconstruir o passado, de reviver os sentimentos lá experimentados, de trazer a situação vivida integralmente para o presente e analisá-la (com os olhos do presente), por parte de um terceiro totalmente estranho ao que foi

<sup>272</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade...**, p. 151.

<sup>273</sup> CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio, certezza. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, v. XX, 1965, p. 05: “*Insomma la verità è nel tutto, non nella parte; e il tutto è troppo per noi*” (tradução da autora).

<sup>274</sup> CAPOGRASSI, Giuseppe. Giudizio processo scienza verità. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, v. V, 1950, p. 05: “*Il processo è la vera e sola ricerca del tempo perduto che fa l’esperienza pratica: il tempo che si ripresenta, il fiume che risale verso la sorgente, la vita che si coglie nella sua lacerazione e si reintegra nella sua unità. E tutto questo deve fare non l’agente stesso che ha vissuto, e che rivive, come in una proustiana ricerca, il suo tempo perduto, ma proprio un assente, una persona che non è mai passata per quella esperienza, una persona essenzialmente indifferente. Dopia magia: far rivivere nella coscienza e nel giudizio di uno che è perfettamente assente ed estraneo all’esperienza che deve risorgere; e far vivere quella ragione e quella volontà obiettiva che è la legge proprio là dove quella vita della legge è mancata*”[“O processo é propriamente a procura do tempo perdido que fez prática a experiência: o tempo que se representa, o rio que volta à sua nascente, a vida que se recolhe às suas feridas e se reintegra em sua unidade. E tudo isso deve fazer não aquele que a viveu, e que a revive, como em uma busca proustiana, o seu tempo perdido, mas sim um terceiro, uma pessoa que jamais viveu aquela experiência, uma pessoa totalmente indiferente ao ocorrido. Dupla magia: fazer reviver na consciência e no juízo de alguém completamente ausente e estranho a experiência que deve fazer ressurgir; e fazer viver a razão e aquela vontade objetiva que foi a lei lá naquele momento da vida em que ela faltou” (tradução da autora)].

vivido: o juiz, que “deve fazer estar presente aquilo que não está presente”<sup>275</sup>. E para tal fará uso das provas produzidas no processo de forma lícita e legítima<sup>276</sup>, escolhendo aquelas que melhor lhe convier, como já ressaltado. Mas não é a Verdade que se alcançará, e sim, na melhor das hipóteses, alguns dos aspectos do que, de fato, aconteceu.

Além da busca da verdade, outro fim tradicional do processo diz com a realização da justiça. É certo que, de regra, não se pode defender um processo penal que não almeje o alcance de uma solução justa para o caso concreto, especialmente porque não há aplicação de sanção penal sem devido processo. Não obstante, é muito delicado definir em que consistiria a justiça num determinado caso concreto ou mesmo a justiça amplamente considerada<sup>277</sup>. Entretanto, por várias razões, não são raros os processos injustos e as decisões absolutamente injustas, e que seguem assim sendo, muitas vezes, até quando nada mais se possa fazer a favor do injustiçado.

No entanto, a realização da justiça esbarra no terceiro fim ideal do processo, qual seja, a segurança jurídica. Evidentemente, pelo discurso tradicional, a justiça deve sempre prevalecer (eis o papel da Revisão Criminal), mas isso às vezes não ocorre justamente por conta da segurança jurídica, que não passa, sabe-se, de uma falácia. Aliás, como ressaltava JORGE DE FIGUEIREDO DIAS,

“só dificilmente se poderia erigir a segurança em fim ideal único, ou mesmo prevalente, do processo penal. Ele entraria então constantemente em conflitos frontais e inescapáveis com a justiça; e, prevalecendo sempre ou sistematicamente sobre esta, pôr-nos-ia face a uma *segurança do injusto* que, hoje, mesmo os mais cépticos têm de reconhecer não passar de uma segurança aparente e ser só, no fundo, a força da tirania”<sup>278</sup>.

<sup>275</sup> CAPOGRASSI, Giuseppe. Giudizio processo..., p. 06: “È un far essere presente quello che non è presente” (tradução da autora).

<sup>276</sup> Para compreender a bipartição, veja-se, por todos: GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

<sup>277</sup> Aqui, ressalte-se, não se está a adotar um ou outro conceito de justiça: a um porque não há um conceito de justiça, a dois porque tal aspecto, para o presente trabalho, é secundário.

<sup>278</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal...**, p. 44.

Não se pode deixar de mencionar, porque importante (mesmo que para ser questionada), embora traçada para uma teoria geral do processo, a concepção sobre os escopos (que ele mesmo reconhece como fins ideais) do processo de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO. Para o Professor paulista, o processo não tem *um* escopo, como queria a visão tradicional quando defendia apenas o fim jurídico do processo, mas de *escopos*, por ora definidos como social, político e jurídico<sup>279</sup>. Isso porque, para ele, o processo tem como fins, em síntese, pacificar a sociedade – através da realização da justiça, mediante a utilização de critérios justos e da segurança jurídica – e conscientizar a população de seus direitos e obrigações (escopo social), reafirmar do poder estatal de decidir de forma imperativa, assegurar o culto ao valor liberdade e assegurar a participação dos cidadãos nos destinos da sociedade política (escopo político) e, finalmente, aplicar a lei ao caso concreto (escopo jurídico – amplamente questionado pelo próprio autor)<sup>280</sup>.

Há que ser ressaltado, porém, que o discurso teórico tradicional muito pouco toca a realidade. Ora, na medida em que há, como afirma JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, uma relação mútua de complementariedade funcional<sup>281</sup> entre o Direito Penal e o Direito Processual Penal, ou seja, como são partes de uma mesma unidade, a um Direito Penal autoritário e extremamente rigoroso deve seguir um Direito Processual Penal da mesma ordem<sup>282</sup>. É justamente por

<sup>279</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade...**, p. 154.

<sup>280</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade...**, p. 159-223.

<sup>281</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal...**, p. 28.

<sup>282</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal...**, p. 28-29; 30-31: “Assim, logo a conformação teleológica fundamental do direito penal substantivo exercerá uma enorme influência na concepção do direito processual penal respectivo. E não só, acrescente-se, a sua conformação fundamental: mesmo relativamente a problemas processuais os mais concretos ficam o seu sentido e a sua solução dependentes de uma certa tomada de posição da parte do direito substantivo, de tal modo que alterações deste (mesmo mínimas) se comunicam, por vezes com força potenciada, ao direito processual penal. [...] Se ninguém põe hoje em dúvida a idéia anteriormente exposta, já é com muito menor freqüência que se reconhece e aceita a influência do direito processual penal na conformação do direito penal e no sentido e solução de alguns dos seus concretos problemas dogmáticos; [...] Há, na verdade, desde logo, directrizes fundamentais do pensamento jurídico-penal – umas já plenamente realizadas, outras que se afirmam ainda só no plano de lege ferenda – que são, totalmente ou pelo menos em boa parte, o resultado de necessidades práticas imperiosas feitas sentir ao nível do processo penal. Há, depois, modificações que se operaram ou se advogam no seio do direito penal e se apresentam

isso, ao que parece, que pouco esforço é destinado à reforma do atual Código de Processo Penal, outorgado em plena ditadura Vargas. Cresce a criminalização de condutas, aumenta-se o *quantum* das penas, criam-se novos regimes para o seu cumprimento (tal como o Regime Disciplinar Diferenciado, “legalizado” pela Lei n. 10.792/03), vale dizer, aumenta-se o rigorismo das leis penais que, por sua vez, adaptam-se com facilidade ao vigente código de processo. Ao mesmo tempo, porém, incoerentemente criam-se formas discutíveis de descriminalização (a exemplo da composição civil dos danos na ação pública condicionada e a transação penal, da lei dos juizados especiais criminais). Ambos caminham juntos, portanto, em sua condição inconstitucional, com sérias contradições internas, e muito pouco se faz para mudar esta realidade.

Em que pese não exista vontade para uma reforma total – porque isso significaria mudança radical de postura – o que se fazem são as conhecidas – e desesperadoras – reformas pontuais. Essas reformas, ao contrário do que se costuma defender, em verdade, prestam um desfavor ao sistema processual penal, transformando-o em verdadeira colcha de retalhos, com sérias incoerências internas, que muitas vezes impedem a prática democrática no processo penal. E, para o desespero de todos, a essas reformas se segue a postura benevolente dos operadores do Direito, o que não é novidade. Para FAUZI HASSAN CHOUKR, “esse comodismo nada desejável impedirá a correta verificação dos malefícios da reforma fragmentada pois seria politicamente inadmissível a reforma para corrigir o erro da reforma”<sup>283</sup>. Com efeito, é essa fragmentação da legislação, juntamente com a cultura inquisitória que está arraigada em todos, por razões várias, que permitem, a todo tempo, supressão de garantias processuais,

---

como puras conseqüências de modificações introduzidas no direito processual penal. Há, finalmente, soluções de problemas jurídico-processuais que, quando considerados em polaridade dialética com o direito penal, podem contribuir para o esclarecimento de intrincados e discutidos problemas de direito substantivo”.

<sup>283</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. As reformas pontuais do Código de Processo Penal. In: CHOUKR, Fauzi Hassan. (Org.) **Estudos do processo penal: o mundo à revelia**. Campinas: Agá Júris, 2000, p. 110.

chegando-se mesmo a interpretações *contra legem* e antidemocráticas, como ressalta JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO<sup>284</sup>.

Pense-se, como exemplo, nos Juizados Especiais Criminais e toda alteração que trouxe ao processo penal que, se na teoria pareciam instrumento sério de acesso à justiça, na prática se revelaram verdadeiras afrontas ao que de bom já se tinha construído para o processo, a exemplo de se permitir aplicação de pena sem processo<sup>285</sup>. Ou mais recentemente, na reforma parcial trazida pela Lei n. 10.792/03, no que se refere ao interrogatório judicial que, a princípio, permite ao Ministério Público e ao defensor intervir no ato antes (mesmo pós-88) privativo do magistrado: basta a leitura da nova redação dada ao art. 188<sup>286</sup>, para se concluir como o juiz ainda é o gestor das provas (e, mais grave, interfere na própria defesa do acusado, especialmente se se tem o interrogatório como um meio de defesa).

Demais disso, e em virtude da estreita relação com o direito penal, vê-se no processo penal outro instrumento daquilo que EUGÉNIO RAÚL ZAFFARONI chama de criminalização secundária<sup>287</sup>. Que é instrumento de política criminal não se duvida, justamente pela ligação que deve ter com o direito material<sup>288</sup>, mas, da mesma forma, contribui para a seleção dos destinatários do sistema punitivo. Por exemplo, as regras sobre a liberdade provisória mediante pagamento de fiança ou, sobretudo, a impossibilidade dos menos afortunados contratar advogados ficando, na maioria das vezes, prejudicados em sua defesa técnica.

<sup>284</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Dogmática crítica e limites lingüísticos da lei..., p. 42.

<sup>285</sup> Sobre o tema, veja-se: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Manifesto contra os juizados especiais criminais (uma leitura de certa efetivação' constitucional). In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de. (Org) **Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 03-14.

<sup>286</sup> “Art. 188. Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes *se o entender pertinente e relevante*”. (grifos da autora)

<sup>287</sup> ZAFFARONI, Eugénio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro – I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 43 e ss.

<sup>288</sup> Sobre esse tema, veja-se: FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001.

Necessário se faz reconhecer, assim, que especialmente em dias de grande insegurança na sociedade<sup>289</sup> e descrença no Poder Judiciário (vulgar e curiosamente chamado pelo povo de ‘Justiça’) e na Segurança Pública em geral, tais fins tradicionalmente delineados ao processo restam abalados. Não obstante, não se pode esquecer que a Jurisdição, da qual o processo é instrumento, até que surja nova definição, atua para dizer a lei no caso concreto, de forma vinculante e cogente, acertando o caso penal<sup>290</sup>, e tudo o mais é consequência direta desse acerto.

Assim, a par das críticas que podem ser realizadas – e devem ser realizadas – não se pode deixar de ver o processo, sobretudo, como um instrumento de garantia dos indivíduos perante o Estado e perante a sociedade, lembrando-se das palavras de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, ao aduzir que o fim do processo penal é

“obstar à insegurança do direito que necessariamente existe ‘antes’ e ‘fora’ daquele, declarando o direito do caso concreto, i.é, definindo o que para este caso é, hoje e aqui, justo. O processo penal, longe de servir apenas o exercício de direitos assegurados pelo direito penal, visa a comprovação e realização, a definição e declaração do direito ao caso concreto, hic et nunc válido e aplicável”<sup>291</sup>.

No entanto, é preciso que fique bastante claro que para que isso seja possível, há que se respeitar os princípios constitucionais hoje norteadores do processo e garantidores, sobretudo, da democracia processual. Não há devida solução dos casos penais sem que se garanta (eis o maior papel do juiz) absoluto respeito à ampla defesa e ao contraditório (o chamado devido processo legal) que pressupõe, certamente, a devida justificação das decisões judiciais<sup>292</sup>.

<sup>289</sup> Para uma análise consciente do tema, veja-se: COUTINHO, Jacinto Nelson. Segurança pública e o direito das vítimas. In: RÚBIO, David Sánchez; HERRERA FLORES, Joaquín; CARVALHO, Salo de. (Org.) **Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p. 475-487.

<sup>290</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989.

<sup>291</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**..., p. 46.

<sup>292</sup> Sobre o fim do processo, há uma passagem interessante e bela de GIUSEPPE CAPOGRASSI: “(...) *il giudice deve rifare presente il passato. E deve rifarlo presente per giudicarlo; perché deve applicare le leggi al caso, perché deve risolvere la crisi, perché deve ricomporre e far ritornare nel suo alveo la scomposta corrente dell’esperienza giuridica*”. [“(...) o juiz deve refazer, no presente, o passado. E deve refazê-lo para poder julgá-lo; porque

É necessário não fazer do processo um jogo, em que a busca da vitória supera a realização de um processo democrático, como alerta PIERO CALAMANDREI<sup>293</sup>, e não se esquecer de que para se acertar o caso penal é preciso tempo, “é uma estrada longa e acidentada aquela sobre a qual a justiça procede”, e ela será sempre uma justiça aproximativa, ante a impossibilidade de se acessar a Verdade dos fatos, como alerta FRANCESCO CARNELUTTI<sup>294</sup>. De qualquer maneira, embora muitas vezes incompleta, em virtude das limitações humanas, cada um deve dar o melhor de si no processo.

### **PARTE III – ALGUNS ASPECTOS SOBRE A PARCIALIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL SOBRE A MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES**

#### **3.1. OS LIMITES ESTABELECIDOS PELO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO**

Viu-se que a análise da prova produzida no processo é atividade fundamental para a solução do caso penal. Além disso, é preciso não esquecer que essa análise diz substancialmente com os fatos importantes para o processo, que deverão ser objeto dessa prova produzida (fatos pertinentes e relevantes, na expressão da doutrina tradicional<sup>295</sup>). A prova, então, de uma maneira geral, possui quatro momentos no processo: requerimento, admissão, produção e, finalmente, avaliação pelo juiz. Claro que os quatro momentos estão intimamente ligados entre si e são interdependentes, mas é sem dúvida a este último que se deve dar mais atenção aqui.

---

deve aplicar a lei ao caso, porque deve resolver a crise, porque deve recompor e fazer retornar ao seu leito a então decomposta corrente da experiência jurídica” (tradução da autora)]. CAPOGRASSI, Giuseppe. Giudizio processo..., p. 06.

<sup>293</sup> CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuoco. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, v. V, p. 23-51, 1950.

<sup>294</sup> CARNELUTTI, Francesco. Crisi della giustizia penale. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, a. XIII, n. 3, luglio-settembre 1958, p. 334.

<sup>295</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. 274.



A prova é um dos órgãos vitais do processo. Embora haja outros órgãos vitais (como, por exemplo, o juiz natural), sem sombra de dúvidas é da prova sobretudo que se vai tirar – ou se deveria – a conclusão sobre aquele determinado caso penal. Como se destina, em última análise, a reconstruir aquilo que aconteceu no passado, na medida do possível (verdade processualmente válida, de que fala JORGE DE FIGUEIREDO DIAS<sup>296</sup>), é ela que vai fornecer ao juiz os dados fundamentais para a formação de seu convencimento e posterior justificação desse convencimento. Na verdade, sabe-se que a prova serve muito mais à elaboração do discurso justificativo do que propriamente à formação do convencimento do juiz (que é formado das mais diferentes maneiras, muitas das vezes apenas com elementos extraprocessuais). De qualquer modo, a idéia de que a prova deve fundamentar o convencimento, embora ingênua, é democrática, na medida em que não permite que o juiz se utilize de elementos desconhecidos pelas partes e, portanto, que não foram submetidos ao devido processo legal.

Desde há muito os autores tradicionais que tratam do tema da prova se preocupam com a formação do convencimento do magistrado e o fazem, de regra, para discutir se deve o juiz se ater aos fatos provados no processo (*scienza processuale*) ou se pode também se utilizar – validamente – de seu conhecimento extraprocessual (*scienza extraprocessuale*), isto é, se o juiz deve julgar *secundum allegata et probata* ou *secundum conscientiam*.

Para tal análise, no entanto, é preciso distinguir algo normalmente objeto de confusão pela doutrina: há as regras que se destinam às fontes do convencimento, aos meios de obtenção dessas fontes, e finalmente, à valoração das fontes do convencimento<sup>297</sup>. Sem embargo dos autores tradicionais delimitarem tais regras a um determinado período da história, verifica-se que tal separação é meramente didática, sendo certo que todas essas regras das quais se falará em seguida conviveram durante distintos momentos históricos.

---

<sup>296</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal...**, p. 197.

<sup>297</sup> Esse tema é muito bem e didaticamente trabalhado por: ETTORE DOSI. **Sul principio del libero convincimento del giudice nel processo penale**. Milano: Giuffrè, 1957.

No que se refere às *fontes do convencimento*, ou seja, onde o juiz deve buscar o seu convencimento, a história tradicional do direito processual reconhece três distintas fases. A primeira delas verifica-se na antiguidade, nos processos gregos, romanos, germânicos e bárbaros, momento em que dominava o princípio de que o juiz deveria decidir segundo o que foi alegado e provado no processo (*secundum allegata et probata*), jamais com base em elementos que dele não faziam parte. Em um segundo momento, que ETTORE DOSI indica como sendo a primeira parte do direito intermédio<sup>298</sup>, o processo, quanto às fontes de convencimento, era dominado pelo princípio de que o juiz deveria julgar segundo sua consciência, o qual permaneceu até o direito canônico afirmar que o juiz deveria julgar segundo alegado e provado<sup>299</sup> – aqui, segundo o autor italiano, surge a máxima tão conhecida até os dias de hoje: “o que não está nos autos não está no mundo”. Por fim, a terceira fase, na qual prepondera que o juiz deve julgar segundo alegado e provado, a qual se subdivide, por sua vez, em outros dois períodos: um primeiro, da tarifa legal, em que o juiz estava adstrito ao valor da prova preestabelecido pela lei, e o segundo, o do livre convencimento, no qual, embora o juiz devesse julgar segundo o alegado e provado, como já se disse, deveria fazê-lo, também, segundo sua consciência.

Nos processos do século XX em diante, o juiz deve buscar as fontes de seu convencimento naquilo que foi devidamente discutido (*allegata*) e provado no processo (*probata*) pelas partes – o objetivo da doutrina tradicional é justamente que o juiz, para manter a sua imparcialidade, não se utilize de elementos extraprocessuais para se convencer. Assim, para ETTORE DOSI, não servem como fonte de convencimento o conhecimento extraprocessual e tampouco alguns elementos processuais, tais como a confissão, a chamada de có-réu, a revelia, os indícios, os antecedentes criminais, dentre outros<sup>300</sup>, que não são capazes de levar a uma decisão justa por sua natureza duvidosa. No processo

---

<sup>298</sup> DOSI, Ettore. **Sul principio...**, p. 05.

<sup>299</sup> Ressalte-se que esses dois princípios não são completamente antagônicos entre si, pois, ao que parece – e disto se falará mais adiante – o juiz, ainda que se atenha aos elementos dos autos, julga de acordo com sua consciência.

<sup>300</sup> DOSI, Ettore. **Sul principio...**, p. 24 e ss.

penal, porém, é lícito sempre lembrar que isso tudo acaba sendo verdadeiro até certo ponto, visto que, de regra, nos sistemas processuais baseados no sistema francês (do Código Napoleônico), o juiz tem o que os autores italianos chamam de *autonomo potere di contestazione e di prova*<sup>301</sup> (poder autônomo de contestação e de prova), ou seja, não fica limitado ao que as partes alegaram e provaram e pode, de ofício, buscar as fontes de seu convencimento.

Determinadas quais as possíveis fontes do convencimento, a doutrina tradicional também vai delimitar como é que se realiza *a busca por essas fontes*. Dois sistemas são conhecidos: o da prova legal e o da prova livre. Pelo sistema da prova legal, todos os meios de se buscar as fontes estão preestabelecidos na lei (embora normalmente se confunda prova legal com tarifa legal), enquanto que no sistema da prova livre ao juiz é dado buscar suas fontes livremente, não só com os meios indicados pela legislação, mas sim por todos aqueles não proibidos pela lei.

Também quanto à busca dos meios divide-se tradicionalmente a história do direito processual em três períodos: uma primeira época, até Justiniano (565 a.C.), dominada pelo princípio da prova livre; uma segunda fase, até a Revolução Francesa (1789), dominada pelo princípio da prova legal e uma terceira época, em que se verificou um retorno à prova livre, com predominância desta sobre a prova legal. Esta é, inclusive, a realidade do sistema processual penal brasileiro, vez que limita a busca das fontes do convencimento apenas quando se trata do estado das pessoas (art. 155 CPP) ou quando se trata de infração que deixa vestígios (art. 158 CPP). No mais, o juiz é livre – e dotado do poder autônomo de prova – para buscar o seu convencimento onde entender necessário, desde que em provas legítimas e lícitas<sup>302</sup>.

Adverte ETTORE DOSI que a regra é que o princípio da prova livre esteja ligado ao sistema inquisitório e o da prova legal, ao acusatório. Porém, essa regra deve ser olhada com cuidado, visto que há exemplos vários em que o sistema inquisitório se vale da prova legal e o acusatório da prova livre. Na

---

<sup>301</sup> DOSI, Ettore. **Sul principio...**, p. 09.

verdade, para ele, o que determina se vai ser utilizada a prova legal ou livre é o interesse predominante no processo, o que faz, então, com que no processo penal, dominado pelo interesse público, a regra seja a prova livre com algumas poucas hipóteses de prova legal<sup>303</sup>. Na verdade, com todo respeito ao autor italiano, não parece ser o interesse público (que está tanto no processo penal quanto no civil, no trabalhista, no administrativo) que determina isso, mas muito mais a natureza fisiológica do processo penal.

Finalmente, *a valoração das fontes do convencimento*. É o momento fundamental do processo, pois é aqui que a decisão sobre o caso é tomada pelo magistrado: requeridas, admitidas e produzidas as provas, deve o juiz agora decidir (ou deveria decidir, visto que muitas vezes já o fez em momento anterior). Sobre os sistemas de valoração das provas, divergem os autores sobre as suas fases durante a história (não só quanto às fases mas também quanto à sua localização no tempo), mas para efeitos deste trabalho, adota-se a classificação em quatro fases distintas: fase religiosa ou mística, fase da tarifa legal ou certeza moral do legislador, fase sentimental ou da certeza moral do juiz e, finalmente, a fase científica.

A par de alguns entendimentos sobre a efetiva existência de uma fase anterior a esta, uma fase chamada de primitiva<sup>304</sup>, na qual, de fato, não se podia falar em um sistema probatório, devido à precariedade da organização das sociedades, muitos autores concordam que a *fase religiosa ou mística* é a primeira forma de análise de provas que surge na história da humanidade, ainda que para alguns não se configure como um verdadeiro sistema de avaliação da prova, mas sim meio de prova.

Tal fase foi influenciada preponderantemente pelo direito dos povos germânicos (aqui não se percebia, ainda, a ligação com a religião), e verificada especialmente na Idade Média, com grande influência religiosa (antes estes meios de prova também foram utilizados pelos povos hebreus, gregos, hindus e

---

<sup>302</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal...**, p. 91 e ss.

<sup>303</sup> DOSI, Ettore. **Sul principio...**, p. 41.

<sup>304</sup> Sobre o tema, ver Nilo Bairros de Brum, em **Requisitos retóricos...**, p. 55.

egípcios). Era baseada na crença de que “Deus interfere para dar razão a quem tem”<sup>305</sup>, fazendo prevalecer a verdade e a justiça. Resta patente a grande influência da ignorância e do fanatismo religioso da época.

Compreendia os chamados *juízos de Deus*, os quais poderiam se realizar através de três formas de processo: *ordálias* (destinadas, em regra, aos vassalos), *duelo* – *duellum-bellum* (destinado aos cavaleiros) e *juramento* – Deus também punia o perjúrio (destinado geralmente aos senhores feudais)<sup>306</sup>.

As principais ordálias (as mais conhecidas, segundo HELIO TORNAGHI<sup>307</sup>) eram a prova da fogueira, a prova do pão e do queijo, a prova da cruz, a prova da água fria e a prova da água quente e do ferro em brasa. Os duelos, fundamentados na admiração do povo pela coragem e bravura, podiam se travar entre as partes, entre uma testemunha do processo e aquele que havia impugnado o seu testemunho e ainda entre o acusado e os juízes (antes ou depois da sentença) para que aquele pudesse provar sua inocência.

A fase da *tarifa legal ou da certeza moral do legislador, ou do convencimento vinculado*<sup>308</sup>, é reconhecida por alguns autores (com exceção, por exemplo, de HELIO TORNAGHI) como o primeiro sistema de avaliação da prova propriamente dito<sup>309</sup>. Segundo este sistema, cada prova tem um valor certo e constante, predeterminado pelo legislador, sendo defeso ao juiz valorá-la de acordo com seus critérios pessoais e subjetivos, que afronte o que foi determinado pela lei. Existia uma hierarquia nítida entre as provas. Havia, conforme aduz NILO BAIRROS DE BRUM<sup>310</sup>, “tabelas prévias de valoração

<sup>305</sup> TORNAGHI, Helio. **Instituições de Processo Penal**. v. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p.210.

<sup>306</sup> Como repreensão à grande quantidade dos juramentos falsos, implantou-se, na época, a instituição dos conspurgadores, que “consistia no juramento de outras pessoas em abono da pessoa que prestava juramento”. SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. v. II. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 382.

<sup>307</sup> TORNAGHI, Helio. **Instituições de Processo Penal**. v. IV...., p. 210-211.

<sup>308</sup> DOSI, Ettore. **Sul principio...**, p. 59 e ss.

<sup>309</sup> TORNAGHI, Helio. **Instituições de Processo Penal**. v. IV. ..., p.212. Todavia, esclareça-se novamente que não está a se apresentar, aqui, os sistemas em ordem cronológica, visto que não há unanimidade sequer entre os especialistas sobre a efetiva e correta sequência temporal de tais sistemas.

<sup>310</sup> BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos...**, p. 55.

das provas. Dependendo da natureza do fato ou da qualidade da pessoa acusada, a lei previa o tipo e a qualidade de provas que deveriam ser consideradas pelo juiz”. Essas regras de apreciação da prova, ressalta JORGE DE FIGUEIREDO DIAS<sup>311</sup>, eram baseadas em regras da vida e da experiência, que eram tidas tradicionalmente como seguras pela sociedade.

Para HELIO TORNAGHI, vale ressaltar, “o sistema das regras legais não é inerente à forma inquisitória, mais foi no processo inquisitório medieval que teve mais largo desenvolvimento”<sup>312</sup>. Mas por que no processo inquisitório? Porque em tal sistema se desconfiava do julgador, e o legislador, de antemão, determinava a hierarquia entre as provas, que fundaria a estrutura do julgamento. Como o acusado era plenamente exposto ao inquisidor, retirava-se dele a tarefa de avaliar, valorar a prova, pois se dizia estar tudo predeterminado, o que bem se sabe não passava de argumento retórico de garantia do acusado, vez que sempre se buscava, por conta disso, obter a rainha das provas (a confissão), ainda que sob tortura. Lembra ETTORE DOSI, no entanto, que embora no sistema do convencimento vinculado a tarefa do juiz seja meramente aritmética de apreciação da prova, há lógica nessa valoração, que não é feita pelo juiz, porém, mas pelo legislador, previamente, em abstrato<sup>313</sup>. Não se pode esquecer, no entanto, que embora o valor da prova estivesse preestabelecido pela lei, cabia ao juiz “classificar” os meios de prova como um ou outro, isto é, cabia ao juiz dizer se determinado ato poderia ser considerado uma confissão ou não e, neste sentido, havia sim espaço para certa subjetividade na aplicação das regras legais às fontes de convencimento trazidas ao processo.

O fundamento da adoção deste sistema por muitos ordenamentos jurídicos, segundo JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO<sup>314</sup>, baseava-se no fato de que

“muitas legislações aceitaram a previsão da possibilidade do juiz incorrer em erro, no momento de valoração dos meios de prova utilizados, razão pela qual fixou-se, na lei,

<sup>311</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal...**, p. 199.

<sup>312</sup> TORNAGHI, Helio. **Instituições de Processo Penal**. v. IV..., p.215.

<sup>313</sup> DOSI, Ettore. **Sul principio...**, p. 60-61.

<sup>314</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais...**, p. 196.

uma hierarquia de valores referentes a tais meios. Veja-se, neste sentido, o sistema processual inquisitório medieval, no qual a confissão, no topo da estrutura, era considerada prova plena, a rainha das provas (*regina probationum*), tudo como fruto do tarifamento previamente estabelecido. Transferia-se o valor do julgador à lei, para evitar-se manipulações; e isso funcionava, retoricamente, como mecanismo de garantia do argüido, que estaria protegido contra os abusos decorrentes da subjetividade. Sem embargo, a história demonstrou, ao revés, como foram os fatos retorcidos, por exemplo, pela adoção irrestrita da tortura<sup>315</sup>.

Exemplo da tarifação era o fato de que, segundo narra OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA<sup>316</sup>, o depoimento de *um* servo não tinha, em absoluto, o mesmo valor do depoimento de *um* nobre. Entretanto, o depoimento de *dez* servos equivalia ao depoimento de *um* nobre ou o de *um* senhor feudal. E o juiz deveria assim considerar, ainda que estivesse convencido de que o nobre tivesse mentido e o servo não. Outras regras ainda eram bem conhecidas: *testis unus testis nullus*, *testibus duobus fide dignis credendum*, dentre outras.

O juiz, então, não passava de sujeito passivo, ao qual incumbia somente reconhecer na sentença o valor predeterminado pela lei a cada prova produzida sem que pudesse apreciar tais provas de acordo com a sua convicção. Nas palavras de MOACYR AMARAL SANTOS<sup>317</sup>,

“no sistema da prova legal<sup>318</sup>, a instrução probatória se destinava a produzir a certeza legal. O juiz não passava de um mero computador, preso ao formalismo e ao valor tarifado das provas, impedido de observar positivamente os fatos e constrangido a dizer a verdade conforme ordenava a lei que o fosse. No depoimento de uma só testemunha, por mais idônea e verdadeira, haveria apenas prova semiplena, enquanto que nos de duas testemunhas, concordes e legalmente idôneas, ainda que absurdos os fatos narrados, resultaria prova plena e, pois, certeza legal<sup>319</sup>”.

A prevalência deste sistema deu-se, sobretudo, no processo inquisitório<sup>320</sup>, mas é preciso não confundir o convencimento vinculado, a tarifa

<sup>315</sup> Neste mesmo sentido, ver: DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal...**, p. 199.

<sup>316</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. **Curso de Processo Civil**. v. I. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 348.

<sup>317</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas...**v. II..., p. 382.

<sup>318</sup> Leia-se tarifa legal.

<sup>319</sup> Sobre prova plena e semiplena, ver, por exemplo: MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas...**, p. 87 e seguintes.

<sup>320</sup> A regra é, justamente, ligar o convencimento vinculado aos regimes autoritários e ao processo inquisitório, mas não se trata, definitivamente, da realidade. DOSI, Ettore. **Sul principio...**p. 64.

legal, com prova legal, visto acima como um dos meios de busca das fontes do convencimento pelo juiz (distinção esta nem sempre realizada pelos autores). Vale ressaltar, ademais, que ao mesmo tempo em que o juiz (inquisidor) estava preso à prévia valoração das provas, ele era, antes de tudo, o *gestor das provas*: “O sistema inquisitório, regido pelo princípio inquisitivo<sup>321</sup>, tem como principal característica a extrema concentração de poder nas mãos do órgão julgador, o qual detém a gestão da prova. Aqui, o acusado é mero objeto de investigação e tido como detentor da verdade de um crime, da qual deverá dar contas ao inquisidor”<sup>322</sup>. E, assim sendo, certamente procurava produzir as provas de maior valor, para então, ao final, sustentar a sua posição de condenação ou absolvição – neste sentido foi que a tortura obteve tamanha relevância no processo inquisitório, pois através dela se obtinha a rainha das provas, a confissão.

Uma das grandes críticas feitas a esse sistema está no fato de que, ante a obrigatoriedade de decidir segundo os valores das provas anteriormente estabelecidos pelo legislador, o juiz deveria, em algumas situações, decidir contra aquilo que podia entender ser a verdade<sup>323</sup>. Não obstante, embora reconhecesse tal problema, HELIO TORNAGHI entende não ser esse exatamente o maior fator de preocupação a ser tido com o sistema da tarifa legal, ou seja, não vê problemas exatamente em se propor ao juiz alguns parâmetros de avaliação das provas, mas sim na imposição destes ao magistrado<sup>324</sup> (resta saber se existe efetiva diferença entre um e outro).

<sup>321</sup> Princípio unificador do sistema inquisitório. Sobre a definição de sistemas, ver: KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Trad. Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 4.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 657 e seguintes.

<sup>322</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais..., p. 166.

<sup>323</sup> Neste sentido afirma OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA: “o juiz, segundo este sistema, deverá decidir rigorosamente com base no que foi alegado e provado pelas partes..., embora sua convicção pessoal sobre aquilo que fora provado nos autos lhe indique que a prova produzida não retrata a verdade”. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. **Curso de Processo Civil**. v. I..., p. 349.

<sup>324</sup> “O inconveniente do sistema das provas legais não está na adoção de regras de avaliação da prova, mas na imposição delas ao juiz. Nenhum estôrvo existe em que elas sejam *propostas*, como regras técnicas, não impostas como regras jurídicas. Os preceitos que formam o arcabouço deste sistema são o resultado de longa observação, cristalizam grande experiência e estão impregnados daquela sabedoria e daquela prudência que o tempo e o trato com os homens trouxeram aos práticos e aos juristas de muitos séculos. Nenhuma desvantagem em que os juízes



Por fim, não há uma delimitação temporal precisa que indique a data específica do fim da vigência deste sistema tarifário de avaliação das provas no processo penal. Alguns autores o identificam, na maioria das vezes, com o início do processo de humanização do Direito, a partir de Cesare Beccaria, em que há o declínio do antigo regime e uma prevalência das decisões pelos juízes, muito mais independentes e ligados aos ideais democráticos, que passam a viver sob uma racionalidade bastante diferenciada daquela que intensamente até então vigorava.

MICHEL FOUCAULT, por exemplo, identifica o fim do antigo sistema das provas legais com a necessidade verificada pelo poder de punir de que, através das provas colhidas, chegasse-se a um estado de certeza irrefutável, a fim de que a realidade do castigo efetivamente acompanhasse a realidade do delito, de acordo com meios válidos para todos. É o que ele chama de *regra da verdade comum*. O indivíduo deveria ser reputado inocente até que, efetivamente, comprovasse-se que tinha praticado um delito, e para chegar a tal conclusão, o juiz deveria usar não formas rituais, mas instrumentos comuns:

“Agora, a prática penal vai-se encontrar submetida a um regime comum da verdade, ou antes a um regime complexo em que se misturam para formar a «íntima convicção» do juiz elementos heterogêneos de demonstração científica, de evidências sensíveis e de senso comum. A justiça penal, se conserva formas que garantem sua equidade, pode-se abrir agora às verdades de todos os ventos, desde que sejam evidentes, bem estabelecidas, aceitáveis por todos. O ritual judiciário não é mais em si mesmo formador de uma verdade partilhada. É recolocado no campo de referência dos discursos científicos, uma relação difícil e infinita, que a justiça penal hoje ainda não está apta a controlar. O senhor da justiça não é mais o senhor de sua verdade”<sup>325</sup>.

FRANCO CORDERO, por sua vez, indica uma data precisa para o abandono do sistema da tarifa legal: o fim do *Ancien régime*, com o aparecimento (para o processo penal, especificamente), em 1808, do *Code d’Instruction Criminelle*. Vale dizer, momento em que os ideais iluministas estavam absolutamente em voga e a repulsa por todas as práticas judiciárias desumanas se encontravam em seu apogeu. Almejava-se, sobretudo, a adoção de um processo

---

os sigam ou em que as leis aconselhem a observância deles”. TORNAGHI, Helio. **Instituições de Processo Penal**. v. IV..., p.216.

<sup>325</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir...**, p. 89.

penal (especialmente) verdadeiramente justo e democrático e a prática advinda da adoção do sistema tarifário não correspondia a este objetivo, pois estava ligada essencialmente à aceitação da tortura como meio de prova<sup>326</sup>.

Na sequência, tem-se a *fase sentimental, ou da certeza moral do juiz ou convencimento imotivado ou ainda da convicção íntima*, que é uma das facetas do livre convencimento, como assevera ETTORE DOSI, vez que este se divide em livre convencimento imotivado e livre convencimento motivado<sup>327</sup>. Para NILO BAIRROS DE BRUM, esta fase teria surgido logo após a Revolução Francesa, como reação ao sistema da tarifa legal<sup>328</sup>. Ao passo que para HELIO TORNAGHI este é o sistema primitivo de todos os povos, como, por exemplo, do povo romano<sup>329</sup>.

Neste sistema, o legislador silencia completamente quanto ao valor das provas. A sua admissibilidade e a sua avaliação são deixados inteiramente ao arbítrio do magistrado. “A verdade jurídica reside por inteiro na consciência do juiz”<sup>330</sup>. A liberdade, assim, é total, vale dizer, o juiz decidirá única e exclusivamente baseado em sua íntima convicção (*ex informata conscientia*) e, por isso, não precisa justificar sua decisão. Ele não está limitado por qualquer regra prévia de avaliação, ditada pelo legislador. É soberano e livre para formar a sua convicção, da forma que bem entender, sobre os fatos da causa, mas não deveria deixar, porém, de ser uma convicção racional, como ressalta JUAN IGARTUA SALAVERRIA<sup>331</sup>. É exatamente o oposto do sistema tarifário de

<sup>326</sup> Neste sentido, ver: CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale...**, p. 336.

<sup>327</sup> DOSI, Ettore. **Sul principio...**, p. 59.

<sup>328</sup> BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos...**, p. 55.

<sup>329</sup> TORNAGHI, Helio. **Instituições de Processo Penal**. v. IV..., p.212.

<sup>330</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. v. II..., p. 298.

<sup>331</sup> SALAVERRIA, Juan Igartua. **Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal**. Valencia: Tirant lo blanch, 1995, p. 85: “Aunque no se exigiera a los jurados que manifestaran las razones de su convicción, tras ello no se escondía ninguna condescendencia con la arbitrariedad de la prueba, porque sencillamente, son problemas distintos y requieren explicaciones diferentes...Do contrario, y por añadidura, la interpretación irracionalista del ‘libre convencimiento’ supondría un retroceso espectacular. Y no al penúltimo régimen de pruebas – el de la ‘prueba legal’ – pues éste, como antes he subrayado, tendía a eliminar la arbitrariedad del juez; implicaría, con toda seguridad, el regreso a un estadio aun más pretérito; aquél que feneció precisamente con la invención del sistema de la ‘prueba legal’”.

avaliação da prova. Assim, “a convicção decorre não das provas, ou melhor, não só das provas colhidas, mas também do conhecimento pessoal do juiz, das suas impressões pessoais, e à vista destas lhe é lícito repelir qualquer ou todas as demais provas. Além do que não está obrigado a dar os motivos em que funda a sua convicção, nem os que o levaram a condenar ou absolver”<sup>332</sup>.

MOACYR AMARAL SANTOS aponta dois grandes defeitos deste sistema. Para ele, a convicção íntima ofende dois princípios fundamentais de justiça: o de que ninguém pode ser condenado sem ser ouvido (*ne inauditus condemnetur*) e o da sociabilidade do convencimento. O primeiro porque contraria brutalmente o contraditório entre as partes, vital para o processo; o segundo porque a convicção, segundo ele, não pode decorrer simplesmente da apreciação subjetiva da prova pelo juiz, ele deve, ainda, demonstrar a todos as razões de seu convencimento, no sentido de que “os fatos e as provas submetidos ao seu juízo, se fossem submetidos à apreciação desinteressada de qualquer outra pessoa razoável, deveriam produzir, também nesta, a mesma convicção que produziram no juiz”<sup>333</sup>.

Este é o sistema é usado, ainda, nos ordenamentos jurídicos que adotam a instituição do Júri e o Escabinado.

Finalmente, a última e atual fase de avaliação das fontes de convencimento: a fase científica, a qual, na verdade, interessa ao presente trabalho. É o sistema vigente nos sistemas processuais contemporâneos. É também conhecido como o sistema do livre convencimento<sup>334</sup>, da livre convicção<sup>335</sup>, da persuasão racional<sup>336</sup>, da livre apreciação da prova ou da prova livre<sup>337</sup> – neste último caso com a confusão a que há pouco se referiu. É, no entanto, mais correto dizer livre convencimento motivado. Nesta fase, “os juízes possuem capacitação técnica e podem socorrer-se do conhecimento de técnicos

<sup>332</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. v. II..., p. 383.

<sup>333</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. v. II..., p. 383.

<sup>334</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. v. II..., p. 298.

<sup>335</sup> TORNAGHI, Helio. **Instituições de Processo Penal**. v. IV..., p. 217.

<sup>336</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. v. II..., p. 384.

<sup>337</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. v. I..., p. 198.

de outras áreas quando a prova depender de saberes alheios à sua capacitação”<sup>338</sup>. Alguns autores o vêem como um sistema misto, que mescla algumas características da convicção íntima e da tarifa legal<sup>339</sup>.

Neste sistema (ou nesta fase), o juiz possui ampla liberdade na apreciação da prova, todavia tem o dever de justificar sua decisão com base nos elementos contidos nos autos (*quod non est in actis non est in mundo*). Vale dizer, para o seu convencimento deve o juiz se valer só daquilo que todos sabem (que está nos autos – *secundum allegata et probata*) e jamais (em tese) pode se valer de seu conhecimento privado. Isso porque, na esteira dos ensinamentos de HELIO TORNAGHI<sup>340</sup>, a prova não é produzida apenas para o juiz, mas também (e em igual nível) para as partes do processo e para os outros juízes que possam vir a reapreciar a matéria em sede de recurso. Assim, “se o juiz sabe da existência de provas que não estão no bojo do processo, deve trazê-las, juntando documentos, determinando diligências, etc”<sup>341</sup>.

O juiz deve pesar o valor das provas segundo aquilo que lhe pareça a melhor solução, devendo, porém, explicitar os motivos que o levaram a tal decisão. Como já dito, o juiz decide apenas com as provas dos autos, mas deve avaliá-las segundo o critério da crítica sã e racional. Isto é, nas palavras de JOSÉ FREDERICO MARQUES, “o juiz deve decidir com relação à sã crítica, não tem a liberdade de raciocinar discricionariamente, arbitrariamente. O livre convencimento deve conjugar a lógica e a experiência, sem excessivas abstrações de ordem intelectual, mas observando sempre os preceitos e métodos que tendem a assegurar o mais acertado e eficaz raciocínio”<sup>342</sup>. Ou segundo JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “a liberdade de apreciação da prova é, no fundo, uma *liberdade de acordo com um dever* – o dever de perseguir a chamada verdade

<sup>338</sup> BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos...**, p. 55.

<sup>339</sup> Assim se manifestam JOSÉ FREDERICO MARQUES (**Elementos de Direito Processual Penal**. v. II..., p. 298 e ss.) e OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA (**Curso de Processo Civil**. v. I..., p. 349 e ss.).

<sup>340</sup> TORNAGHI, Helio. **Instituições de Processo Penal**. v. IV..., p.217.

<sup>341</sup> TORNAGHI, Helio. **Instituições de Processo Penal**. v. IV..., p.217.

<sup>342</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. v. II..., p. 299.

material –, de tal sorte que a apreciação há-de ser, em concreto, reconduzível a critérios *objectivos* e, portanto, em geral *susceptível* de motivação e controlo”<sup>343</sup>.

A partir do exposto, pode-se concluir, num primeiro momento, que o livre convencimento motivado não significa, em absoluto, anarquia na apreciação da prova, encontrando no dever de justificação da decisão o seu mais importante limite.

Trata-se, dessa forma, de uma atividade limitada à justificação da posição adotada quanto às provas acolhidas na decisão, que devem ser todas produzidas segundo os preceitos constitucionais e legais. Neste passo, em última análise, a livre apreciação da prova acaba por abranger todos os chamados momentos da prova: a sua proposição, a sua admissão, a sua produção e a sua avaliação, uma vez que só poderá ser devidamente valorada pelo magistrado a prova legalmente admitida nos autos, livre de qualquer vício:

“A disciplina do procedimento probatório, destinada a regulamentar o livre convencimento do juiz que se exprime na decisão, desenvolve-se em três diretivas diferentes. Ela contém, em primeiro lugar, as regras para a admissão dos meios de prova, com a prescrição de forma, a posição dos limites das alegações, a determinação da modalidade de aquisição. Individualiza, em segundo lugar, os critérios que devem ser seguidos pelo juiz na valoração da prova. Obriga, em terceiro lugar, o juiz a dar conta das suas escolhas através da motivação”<sup>344</sup>.

O discurso tradicional, não obstante encantador, como já advertido, é, também ingênuo (ou manipulador). EUGENIO FLORIAN<sup>345</sup> chega até mesmo a dizer que é completamente inaplicável ao processo penal a tese de que o juiz deve se limitar aos autos para decidir, especialmente porque detentor do conhecido poder autônomo de prova. Assim, a regra é de que a prova utilizada

<sup>343</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. v. I..., p. 202-203.

<sup>344</sup> DALIA, Andrea Antonio; FERRAIOLI, Marzia. **Manuale di Diritto Processuale Penale**. Padova: CEDAM, 1999, p. 624: “*La disciplina del procedimento probatorio, volta a regolamentare il libero convincimento del giudice che si esprime nella decisione, si sviluppa su tre distinte direttive. Essa contiene, in primo luogo, le regole per l’assunzione dei mezzi di prova, con la prescrizione di forme, la posizione di limiti all’allegazione, la determinazione delle modalità di acquisizione. Individua, in secondo luogo, i criteri che debbono essere seguiti dal giudice nella valutazione della prova. Fa obbligo, in terzo luogo, al giudice di dare conto delle sue scelte attraverso la motivazione*”. (tradução da autora)

<sup>345</sup> FLORIAN, Eugenio. **De las pruebas penales**. Trad. Jorge Guerrero. Tomo I. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1998, p. 400-402.

seja a do processo, até porque deve justificar sua decisão para todos, de modo que, ao que parece, a exigência de que o magistrado decida com a prova produzida nos autos serve muito mais (como já se falou) à justificação da decisão do que propriamente a ela, muitas vezes tomada por razões inconfessáveis.

De qualquer maneira, essa prova que servirá de base para a construção da justificação só poderá ser aquela advinda do debate, do contraditório, que vai conferir a ela autoridade para tal. E, demais disso, de forma realista, afirma o autor italiano que seria um absurdo – como de fato o é – impedir que o juiz utilizasse os seus conhecimentos privados para julgar, vez que se trata de pessoa que pertence a uma determinada sociedade, sobre o qual atua também um ambiente. Aliás, alerta que “o conhecimento de um fato implica, como pressuposto, além dos elementos particulares deste fato, uma variadíssima quantidade de noções que o juiz possui como qualquer outra pessoas e das quais seria absurdo e ridículo não se utilizar na prova, impedindo-o de se servir delas por si mesmo”<sup>346</sup>. Esta, porém, é uma questão que diz com a neutralidade judicial, da qual se falará logo adiante.

Ademais, é preciso dizer que essa liberdade dada ao juiz para a apreciação da prova é total, ao contrário do que afirma DANILO KNIJNIK<sup>347</sup>. É bem verdade que deverá justificar sua decisão de maneira racional, mas a liberdade é dada toda ao juiz no primeiro momento e é impossível ser de outra maneira. Para o autor gaúcho, para que o livre convencimento motivado não signifique absoluto arbítrio do juiz, é preciso se pensar em critérios de objetivação dessa liberdade, delineado por valores de razoabilidade, e para isso propõe a existência de standards ligados à razão crítica, que vinculem inclusive a apreciação da prova pelo juiz, que deixa, quer parecer, de ser livre.

---

<sup>346</sup> FLORIAN, Eugenio. **De las pruebas...**, p. 402: “*el conocimiento de un hecho implica, como presupuesto, además de los elementos peculiares de ese hecho, una variadísima cantidad de nociones que el juez posee como cualquier otra persona y de las cuales sería absurdo y ridículo intentar la prueba, impidiéndole servirse de ellas por sí mismo*”. (tradução da autora)

<sup>347</sup> KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, a. 97, v. 353, janeiro-fevereiro de 2001, p. 50-52.

O que ocorre com a maioria dos autores é o equívoco de acreditar e, pior, sustentar que, de fato, a decisão vai decorrer das provas acostadas aos autos de processo. Isso não é absoluto. Como já se disse, seria ideal que fosse assim. Porém, não só por conta dos elementos pessoais, mas também por ser gestor da prova, muitas vezes, repita-se, o juiz não decide com base na prova dos autos, mas apenas as utiliza para justificar a sua decisão.

Em verdade, portanto, o que se vê é que o livre convencimento motivado é, de fato, o sistema mais condizente com um processo penal democrático, porém não é perfeito. Como de costume, a doutrina tradicional trata genericamente de suas características, mas poucos são os autores que reconhecem seus defeitos. A proposta trazida por esse sistema de avaliação da prova é ainda a melhor que se tem, porém ela se esquece justamente de um aspecto fundamental, já ressaltado por EUGENIO FLORIAN, acerca da impossibilidade do juiz não se valer de seus conhecimentos pessoais para julgar, até porque esse sistema data de uma época em que se pregava um juiz neutro e imparcial. Assim, como reconhece JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO<sup>348</sup>, é inevitável admitir que o princípio do livre convencimento pode ser manipulado pelo julgador, motivo pelo qual se torna deveras importante a consciência do juiz neste momento, para que a garantia constitucional do art. 93, IX<sup>349</sup>, da Constituição da República, não seja desrespeitada.

### **3.2. OS LIMITES ESTABELECIDOS PELA NEUTRALIDADE JUDICIAL**

Necessariamente, na seqüência do livre convencimento motivado, é preciso analisar a questão da neutralidade judicial, desde um ponto de vista principalmente filosófico<sup>350</sup>, porque intrinsecamente ligadas. Aliás, a neutralidade e a imparcialidade são as premissas do sistema tradicional do

<sup>348</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais..., p. 197.

<sup>349</sup> Com a nova redação dada pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004, que, em verdade, manteve substancialmente o conteúdo da garantia.

<sup>350</sup> A opção por esse viés já foi explicada por ocasião da Introdução.

direito, ou seja, todo ele é calcado na idéia de que o juiz deve ser um mero observador da vida em relação e, de acordo com isso, conduzir a sua atividade jurisdicional. É daqui, por exemplo, que vêm as concepções de que o sistema jurídico é completo e coerente, que ao juiz só cabe realizar a subsunção do fato à norma, que a criação judicial só é possível até certo ponto, dentre outras.

Com efeito, até o momento procurou-se mostrar exatamente o contrário, na medida em que foi ressaltada a complexidade do dever de justificar as decisões e a liberdade trazida pelo livre convencimento motivado. Ocorre que nada do que foi dito tem sentido se não derrubado o mito da neutralidade judicial, até porque é ela (ou melhor, a falta dela) que rege toda a atividade do juiz no caso concreto; e é preciso que se saiba disso.

Tradicionalmente, entendia-se que a função do juiz não era outra senão a atuação da lei, em nome da segurança jurídica. A ele cabia dizer a lei ao caso concreto, resolvendo-o e justificando a sua decisão sempre através de argumentos científicos e a prova dos autos. Esqueceu-se – propositadamente – por muito tempo de que o juiz é um homem e o sistema falho, ambos com suas imperfeições. Isso porque, como explica JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO, era preciso fazer acreditar em uma razão de validade universal, paradigma para todos; era preciso legitimar o discurso do Estado moderno que acabara de nascer e que defendia a igualdade entre todos em detrimento dos privilégios concedidos ao clero e à nobreza até então e, finalmente, era preciso ocultar que o Estado estava a defender os seus próprios interesses, e não ao interesse do povo, como dizia estar<sup>351</sup>.

Felizmente, essas criações estão sendo deixadas de lado já há algum tempo pela doutrina de vanguarda.

Em primeiro lugar, porque se entende ser a lei a expressão clara dos interesses das classes dominantes e o juiz deve ter conhecimento de tal condição e saber dela fugir no exercício de sua atividade. Na verdade, o que se tem é uma realidade em que os mais favorecidos, que fazem parte do Poder Legislativo (se



não eles mesmos, alguém por eles patrocinado), imprimem nas legislações os seus interesses e procuram convecer os demais que esses são também os interesses de todos. E isso acontece de maneira sórdida, como relata, por exemplo, RUI PORTANOVA:

“Dissimulando as contradições sociais, levando a crer numa realidade substancial das instituições capitalistas, numa igualdade entre os sexos e numa ‘democracia racial’. As leis não se limitam a ‘informar’, ou seja, proibir ou autorizar condutas, a estimular ou desencorajar novos comportamentos. Elas também, sutilmente, procuram ‘formar’ a opinião dos indivíduos. E fazem isto calibrando suas expectativas, forjando seus desejos, padronizando suas reações. Assim, a lei apela tanto para símbolos quanto para idéias presentes no imaginário social com a finalidade de moldar os indivíduos segundo o espírito da legalidade burguesa, branca e machista”<sup>352</sup>.

Em verdade, tais “donos” do sistema jurídico procuram controlar a sociedade determinando de que forma devem viver, como devem agir, etc., não, porém, com o objetivo nobre de promover uma boa convivência entre todos, mas sobretudo para atingirem os seus objetivos pessoais, razão pela qual funciona como um elemento de conservação do *status quo*. Neste passo, a visão tradicional do direito, centrada na neutralidade, na generalidade, está a serviço dessa docilização dos corpos, parafraseando MICHEL FOUCAULT<sup>353</sup>, na medida em que quer ver conservado absurdos do capitalismo selvagem, a supremacia dos “homens brancos” sobre os demais, dentre outros.

Em segundo lugar porque o homem é um ser social, que tem os seus valores, suas predileções, seus preconceitos, que vive em determinado momento histórico, que tem a sua história de vida, sua inclinação política, enfim, não é – nem nunca foi – neutro. É evidente que ele não consegue se despir de tudo isso no momento em que dá o seu primeiro passo adentro do fórum, sendo igualmente evidente que não o vai fazer na condução dos processos e em suas decisões.

Nas belas palavras de FRANCESCO CARNELUTTI,

---

<sup>351</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 42-43.

<sup>352</sup> PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 66-67.

<sup>353</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Trad. Raquel Ramallete. 11.ed. Petrópolis: Vozes, 1994.

“E o juiz quem é? Um indivíduo também. Um outro indivíduo. Um como o outro (o imputado). Um semelhante. Uma parte, portanto. Há homens que não são partes? (...) O juiz, dizem os juristas, é *super partes*, mas como pode estar acima das partes aquele que é uma parte? O Mestre representou aos homens essa dificuldade, bem como essa impossibilidade quando aos juizes da adúltera disse as solenes palavras: ‘quem não tem pecados que lance a primeira pedra’. Pouco depois perguntou à mulher: ‘onde estão os seus juizes?’ vez que haviam desaparecido”<sup>354</sup>.

No processo penal (o juiz é o gestor da prova<sup>355</sup>) determina-se sempre quais as provas devem ser produzidas (decisão da qual, a princípio, não cabe recurso<sup>356</sup>), na maioria das vezes aquelas que vão confirmar a posição que já está inclinado a tomar no momento da decisão (se é que já não decidiu), de maneira que toda instrução é por ele delineada segundo seus interesses, sua précompreensão do fato (conscientes ou inconscientes). Nas palavras de PIERO CALAMANDREI, as provas “muitas vezes servem ao juiz não para o persuadir, mas para revestir de razões aparentes uma persuasão já formada por outras vias”<sup>357</sup>. Da mesma forma, na decisão<sup>358</sup>.

GIUSEPPE CAPOGRASSI, em seu belo texto *Giudizio Processo Scienza Verità*, publicado em 1950, já advertia que toda a objetividade que buscava o Direito não tinha o condão de eliminar a subjetividade do homem-juiz que, ao final, deveria dar a última palavra, “não se sabe se com sua inteligência

---

<sup>354</sup> CARNELUTTI, Francesco. Responsabilità e giudizio. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, a. XIII, n. 1, gennaio-marzo 1958, p. 07: “*Ma il giudice chi è? Un individuo, anche lui. Un altro individuo. Uno come l'altro. Un suo pari. Una parte, dunque. Ci sono degli uomini che non siano parti? (...) Il giudice, dicono i giuristi, è super partes, ma come può essere sopra le parti colui che è una parte? Il Maestro ha rappresentato agli uomini questa difficoltà, anzi questa impossibilità quando ai giudici dell'adultera ha rivolto le parole solenni: 'chi è senza peccato lanci la prima pietra'. Poco dopo ha chiesto alla donna: 'dove sono i tuoi giudici?' poiché erano scomparsi*”. (tradução da autora)

<sup>355</sup> Ressalte-se que essa condição parece ser também aplicada, em parte, ao processo civil, diante do art. 130 do CPC: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

<sup>356</sup> É preciso lembrar que o recurso utilizado em face do indeferimento ou deferimento de prova é a Correição Parcial, prevista apenas em alguns regimentos internos dos Tribunais, no entanto.

<sup>357</sup> CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuoco..., p. 48: “*molte volte servono al giudice non per persuaderlo, ma per rivestire di ragioni appariscenti una persuasione già formata per altre vie*” (tradução da autora).

<sup>358</sup> EMBORA ESSE NÃO SEJA, COMO ADVERTIDO NO INÍCIO, OBJETO DESTA TRABALHO, PORQUE TEMA INERENTE À JUSTIFICAÇÃO DAS DECISÕES, É PRECISO PASSAR OS OLHOS SOBRE TAL

ou com sua vontade ou com ambos”<sup>359</sup>. De todo modo, ao decidir, faz uma escolha. “Esta escolha, que é inerente à personalidade mais secreta do juiz, encontra-se com a ação que é também pontual, e tudo acaba em qualquer coisa de único que é justamente o ato final da opção, que termina a dúvida, que põe fim à procura, que significa aquietar-se. Este ato único, enquanto tal, não é passível de ser submetido à análise e tampouco a regras”<sup>360</sup>.

Além disso, é preciso ressaltar que essa escolha, não raras vezes, dá-se fora do momento dado como oportuno, no processo, para tal. O ideal seria que o juiz, ao final do processo, diante de todas as provas e alegações das partes, delineasse todo um raciocínio lógico e justificativo e só então decidisse sobre o caso<sup>361</sup>, como queria ENRICO TULIO LIEBMAN<sup>362</sup>, ao afirmar que embora o juiz pudesse decidir com base em elementos externos, o que se queria dele era uma decisão racional, passível de ser justificada, de acordo com a exigência do Estado de Direito, sob pena de se instaurar um arbítrio dos magistrados. Em verdade, PIERO CALAMANDREI ressalta (assim como outros autores) que “é sabido que a motivação da sentença, a qual logicamente deveria nascer como premissa do dispositivo, muitas vezes é construída depois, como uma justificação

---

FENÔMENO, SABIDAMENTE DE FORMA BASTANTE INCOMPLETA, MAS QUE AJUDA NA COMPREENSÃO DO QUE SE ESTÁ A EFETIVAMENTE TRABALHAR.

<sup>359</sup> CAPOGRASSI, Giuseppe. Giudizio processo..., p. 10-11: “*Dopo tutto questo, resta il giudicare nella sua parte più segreta e delicata, nel momento della decisione in cui l'uomo giudice, non si sa se con la sua intelligenza o la sua volontà o con tutto se stesso, dice l'ultima parola*”. [“Depois de tudo isso, resta o julgar em sua parte mais secreta e delicada, no momento da decisão em que o homem juiz, não se sabe se com sua inteligência ou sua vontade ou ambos, dá a última palavra” (tradução da autora)].

<sup>360</sup> CAPOGRASSI, Giuseppe. Giudizio processo..., p. 11: “*Questa scelta, che è veramente inerente alla più segreta personalità del giudice, si incontra con l'azione anch'essa assolutamente puntuale, e tutto finisce in qualche cosa di unico che è appunto l'atto finale di opzione, quel decidere che è veramente la fine del dubbio, il non ricercare più, il quietarsi. Ora questo 'unicum', appunto perché tale, non è sottoponibile ad analisi, e quindi tanto meno a regola*”. (tradução da autora)

<sup>361</sup> Aliás, não por acaso, essa é exatamente a ordem estabelecida para os requisitos da sentença, constante do art. 381 do CPP.

<sup>362</sup> LIEBMAN, Enrico Tulio. Do arbítrio à razão – reflexões sobre a motivação da sentença. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. VIII, n. 29, p. 79-81, janeiro-março de 1983.

*a posteriori* de uma vontade já fixada antes por motivos morais ou sentimentais”<sup>363</sup>. Aliás, como muito bem ressalta NILO BAIROS DE BRUM,

“geralmente, chegando o momento de prolatar a sentença penal, o juiz já decidiu se condenará ou absolverá o réu. Chegou a essa decisão (ou tendência a decidir) por vários motivos, nem sempre lógicos ou derivados da lei. Muitas vezes, a tendência de condenar está fortemente influenciada pela extensão da folha de antecedentes do réu ou, ainda, pela repugnância que determinado delito (em si) provoca no espírito do juiz. Por outro lado, o fiel da balança pode ter pendido para a absolvição em razão da grande prole do réu ou em virtude do fato de estar ele perfeitamente integrado na comunidade ou, ainda, pelo fato de que o delito cometido nenhuma repugnância causa ao juiz, o que o faz visualizar tal figura penal como excrecência legislativa ou um anacronismo jurídico. Sabe o julgador, entretanto, que essas motivações não seriam aceitas pela comunidade jurídica sem uma roupagem racional e tecnicamente legítima. Se declarar francamente que condena o réu em razão de seus péssimos antecedentes ou que o absolve porque é trabalhador e tem muitos filhos, sua sentença fatalmente será reformada por falta de base jurídica”<sup>364</sup>.

Neste sentido, ao contrário do que afirma, por exemplo, FRANCESCO M. IACOVIELLO<sup>365</sup>, o juiz não decide apenas aquilo que é motivável. Na verdade, a exigência da justificação das decisões não tem toda essa força para delimitar a atividade judicial. O que ocorre é que tal exigência dificulta um pouco o trabalho do magistrado, pois qualquer que sejam as razões de sua decisão, terá de construir, após, para fazer constar dos autos, um discurso justificativo legítimo e legal. MICHELE TARUFFO, não ignorando a influência dos fatores externos na decisão, ao constatar esse problema, defende que o magistrado, para poupar tempo e energia, diante da exigência de motivação, deveria decidir consoante elementos racionais apenas<sup>366</sup>, mas não é o que ocorre na prática.

ENRICO ALTAVILLA, em sua obra *Psicologia Judiciária*, ao tratar do juiz, tece considerações importantíssimas – extrajurídicas – que contribuem

<sup>363</sup> CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuoco..., p. 48: “È noto che la motivazione della sentenza, la quale logicamente dovrebbe nascere come premessa del dispositivo, molte volte è costruita dopo, come giustificazione a posteriori di una volontà già fissata in precedenza per motivi morali o sentimentali” (tradução da autora).

<sup>364</sup> BRUM, Nilo Bairos de. **Requisitos retóricos...**, p. 72-73.

<sup>365</sup> IACOVIELLO, Francesco M. **La motivazione della sentenza...**, p. 08: “Ma è altrettanto vero che, alla fine, il giudice decide nei limiti in cui può motivare. È la motivazione che traccia i confini delle scelte decisorie del giudice: il giudice non decide l’immotivabile”. [“Mas é também verdade que, al final, o juiz decide nos limites em que pode motivar. É a motivação que traça os limites da escolha decisória do juiz: o juiz não decide o imotivável” (tradução da autora)].

sobremaneira para o tema ora discutido. Em algumas palavras apenas – também para ressaltar o que se disse por ocasião da introdução, da importância da psicologia e da psicanálise, por exemplo, para a análise da atividade judicial –, é preciso mostrar alguns elementos que influenciam o magistrado em sua atividade.

Assim, afirma que o juiz muitas vezes pode decidir valendo-se apenas de sua intuição<sup>367</sup>, sem qualquer ligação com elementos objetivos dos autos. Essa intuição muitas vezes é que leva ao juízo sumário feito pelo juiz no primeiro contato que faz com o caso penal, a chamada hipótese provisória, que conduz todo o procedimento do juiz durante a persecução criminal e, muitas vezes, torna-se definitiva pela sua decisão. Ocorre que, não raras vezes, a hipótese provisória seduz o juiz, “de maneira a torná-lo daltónico na apreciação das conclusões de indagações ulteriores”<sup>368</sup>, pois seleciona alguns elementos para investigar, que nem sempre são os mais importantes, de acordo com essa primeira visão dos fatos. Eis o problema da gestão da prova se concentrar nas mãos do magistrado, portanto.

Com efeito, o magistrado deixa-se fascinar por uma visão primária e durante o processo vai procurar demonstrar, comprovar essa sua primeira opinião, fechando-se a todos os argumentos/elementos contrários que porventura surgirem durante a produção probatória ou em qualquer outro momento processual, esquecendo-se de que seria importante a tentativa de uma visão completa do conjunto probatório. Trata-se, de certa forma, da lógica deformada à qual faz alusão FRANCO CORDERO, quando afirma que no sistema inquisitório o juiz, porque detentor das provas, age em um quadro mental paranóico, do primado da hipótese sobre os fatos, vale dizer, vai buscar, a qualquer preço, confirmar a sua hipótese provisória:

---

<sup>366</sup> TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza. *Genesis...*, p. 182.

<sup>367</sup> ALTAVILLA, Enrico. **Psicologia judiciária: personagens do processo penal**. v. II. 3.ed. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Arménio Amado, 1982. O autor conceitua a intuição como sendo “uma voz que nasce do inconsciente, no qual se acumulou a nossa experiência e também a da raça, que, precedendo qualquer processo analítico de raciocínio, nos faz *sentir* como deve ter ocorrido um facto” (p. 511).

“A solidão em que trabalham os inquisidores, jamais expostos ao contraditório, fora das tramas dialéticas, pode ser útil ao trabalho policialesco, mas desenvolve quadros mentais paranóicos. Chamamo-los ‘primado das hipóteses sobre fatos’: quem indaga segue uma, por vezes a olhos fechados; nada garante ser a mais fundada das alternativas possíveis, nem este trabalho permite autocrítica, assim como todas as cartas do jogo estão em suas mãos e foi ele mesmo quem o começou, aponta a sua hipótese”,<sup>369</sup>.

Neste sentido, torna-se problemática até mesmo a ordem de oitiva das testemunhas no processo, segundo ENRICO ALTAVILLA, na medida em que o juiz presta fé ilimitada às primeiras, que são as da acusação, verificando-se difícil a desconstituição de tais depoimentos pelas testemunhas da defesa, ante o estado de consciência pré-constituído<sup>370</sup>.

O autor italiano trabalha, ainda, de maneira muito interessante, várias “espécies” de juízes: o objetivo, o subjetivo, o perplexo, o generalizador, o instintivo, o obstinado, o misoneísta, o desconfiado, o escrupuloso, o intelectual, o emotivo, o afetivo, dentre outros, delineando as características mais marcantes de cada um deles para, afinal, demonstrar justamente como cada um age, na função jurisdicional, de acordo com o seu temperamento, o seu caráter, sua inteligência e suas experiências de vida como homem comum<sup>371</sup> e, de uma maneira geral, procura no processo confirmar as suas opiniões (originadas nos mais diferentes aspectos), resultado que muitas vezes traz, para o juiz, o prazer de ver a sua tese confirmada muito mais do que a realização da justiça (na medida do possível) no caso concreto.

Destarte, a neutralidade é impossível ao juiz, como é a qualquer ser humano.

---

<sup>368</sup> ALTAVILLA, Enrico. **Psicologia judiciária...**p. 512.

<sup>369</sup> CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale...**, p. 51: “*La solitudine in cui gli inquisitori lavorano, mai esposti al contraddittorio, fuori da griglie dialettiche, può darsi che giovi al lavoro poliziesco ma sviluppa quadri mentali paranoidi. Chiamamoli ‘primato dell’ipotesi sui fatti’: chi indaga ne segue una, talvolta a occhi chiusi; niente la garantisce più fondata rispetto alle alternative possibili, né questo mestiere stimola cautela autocritica; siccome tutte le carte del gioco sono in mano sua ed è lui che l’ha intavolato, punta sulla ‘sua’ ipotesi*”. (tradução da autora)

<sup>370</sup> ALTAVILLA, Enrico. **Psicologia judiciária...**p. 518.

<sup>371</sup> ALTAVILLA, Enrico. **Psicologia judiciária...**p. 520 e seguintes.

É preciso distinguir, ainda, a neutralidade da imparcialidade. De regra, esses dois “elementos” caminham juntos na doutrina e na jurisprudência e, por vezes, são confundidos.

A neutralidade, como se viu, estaria ligada à pessoa do juiz, que deveria se despir de seus conceitos pessoais ao exercer a atividade jurisdicional, ao passo que a imparcialidade está diretamente relacionada à posição tomada pelo juiz no processo, a qual, no entanto, em última análise, é decorrência direta da primeira, mas ambas não se confundem. Ser imparcial, assim, é oportunizar às partes as mesmas armas e procurar, dentro do possível, manter o mesmo tratamento para todos (o juiz deve permanecer equidistante das partes). Evidente que tal atitude pressupõe o conhecimento de que não é neutro, tentando, na medida do possível, afastar a sua hipótese provisória de regra já formada. Mas isso só faz o juiz consciente de sua condição de ser humano, antes de tudo e que por tal razão é impossível não pender para um dos lados, até mesmo sem muitas vezes entender por que, tal como “confessou” IVAN ORDINE RIGHI: “quando examinamos os autos de um processo logo nos inclinamos no sentido de dar ganho de causa para o autor ou para o réu. Mas depois disso deveremos, analisando os fatos, as normas aplicáveis, constatar se realmente é possível que esse prejulgamento se transforme em sentença e se não for possível haveremos de decidir de modo diverso daquele do nosso impulso oficial”<sup>372</sup>.

Essa imparcialidade parece muito mais viável, admite-se, no processo civil do que no processo penal, onde ela praticamente inexiste, ante a sua feição essencialmente inquisitorial<sup>373</sup>. Em verdade, então, como aduz JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO, a imparcialidade “funciona como uma *meta a ser atingida pelo juiz* no exercício da jurisdição, razão por que se busca criar mecanismos capazes de garanti-la”<sup>374</sup>, a exemplo do juiz natural.

---

<sup>372</sup> RIGHI, Ivan Ordine. Os poderes do juiz. **Jurisprudência brasileira**. Curitiba: Juruá, n. 169, 1993, p. 49.

<sup>373</sup> Repita-se, no entanto, que tal classificação é ao menos questionável diante do já mencionado art. 130 do CPC, por exemplo.

<sup>374</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais..., p. 173.

Não obstante, é preciso que se entenda que a inexistência da neutralidade e, em certa medida, da imparcialidade, não é prejudicial ao sistema jurídico contemporâneo. Como afirma a RUI PORTANOVA<sup>375</sup>, a subjetividade do juiz não deve ser temida nessa nova maneira de ver o Direito. Ao contrário, como afirma JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO, invocando os ensinamentos de NORBERTO BOBBIO, a democracia exige que todos conheçam as regras do jogo, inclusive no âmbito processual, de maneira que não há qualquer problema no fato do juiz se assumir ideologicamente, desde que o faça expressamente, e não se esconda atrás do véu da neutralidade e da objetividade, de forma hipócrita. Há que se realizar, também pelo juiz<sup>376</sup>, um “jogo limpo”, sem trapanças, do qual já falava PIERO CALAMANDREI<sup>377</sup>.

E conclui JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO: “O novo juiz, *ciente das armadilhas que a estrutura inquisitória* lhe impõe, mormente no processo penal, não pode estar *alheio à realidade*; precisa dar uma ‘chance’ (questionado pelo seu *desejo*) a si próprio, tentando realizar-se; e a partir daí aos réus, no julgamento dos casos penais. Acordar para tal visão é encontrar-se com seu novo papel”<sup>378</sup>. Também importantes são as palavras de HANS-GEORG GADAMER:

“Quem quer compreender um texto, em princípio, disposto a deixar que ele diga alguma coisa por si. Por isso, uma consciência formada hermeneuticamente tem que se mostrar receptiva, desde o princípio, para a alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe nem ‘neutralidade’ com relação à coisa nem tampouco auto-anulamento, mas inclui a apropriação das próprias opiniões prévias e preconceitos, apropriação que se destaca destes. O que importa é dar-se conta das próprias antecipações, para que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade

<sup>375</sup> PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas...**, p. 136.

<sup>376</sup> CALAMANDREI, Piero. *Il processo come giuoco...*, p. 51.

<sup>377</sup> CALAMANDREI, Piero. *Il processo come giuoco...*, p. 31: “*Il processo non è soltanto scienza del diritto processuale, non è soltanto tecnica della sua applicazione pratica, ma è anche leale osservanza delle regole del giuoco, cioè fedeltà a quei canoni non scritti di coretchezza professionale, che segnano il confine tra la elegante e pregevole maestria dello schermitore accorto e i goffi tranelli del truffatore*”. [“O processo não é apenas ciência do direito processual, não é apenas a técnica de sua aplicação prática, mas é também a leal observância das regras do jogo, isto é, fidelidade aos cânones não escritos de retidão profissional, que demarcam os limites entre a elegante e valorosa maestria do preparado esgrimista e as desastrosas armadilhas do trapaceiro”(tradução da autora).]

<sup>378</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz...*p, 49. Grifos do original.



e obtenha assim a possibilidade de confrontar sua verdade com as próprias opiniões prévias”<sup>379</sup>.

### **3.3. OS LIMITES ESTABELECIDOS PELA FORMAÇÃO DOS MAGISTRADOS E PELA POSTURA DOS TRIBUNAIS**

Constatada (já não é sem tempo de se admitir isto) a complexa atividade exercida pelo juiz na condução dos casos e todas as dificuldades por que passa, advindas da sua condição de ser humano, os sentimentos que restam, em um primeiro momento, em todos, são certamente a desilusão e o desespero. A desilusão porque muitos ainda acreditam na figura do juiz super-homem, do juiz neutro, do juiz perfeito, enfim(geralmente aqueles que também acreditam em outros mitos: a busca da verdade real no processo penal, a crença em um sistema processual penal brasileiro acusatório, dentre outros). Desespero porque logo se dão conta de que a tão almejada segurança jurídica, pilar do ordenamento jurídico positivo, então, não existe, não ao menos da maneira em que sempre se pensou. Bem, se o juiz, em última análise, não é aquele juiz pós-Revolução Francesa, e sim um outro ser humano que está a decidir os casos surgidos em uma dada sociedade, que tipo de segurança existe se agora cada um pode decidir de uma maneira distinta? O que fazer então? Na verdade, essas pessoas ainda não notaram de que as coisas sempre se deram dessa maneira, talvez com maior ou menor intensidade, mas sempre dessa forma. A diferença é que disso não se podia falar, isso não podia ser admitido, sob pena de descrença no sistema jurídico então modulado.

Não obstante, no mínimo já desde o início do século passado (certamente até antes), a doutrina de vanguarda sempre se preocupou em chamar a atenção para esse fenômeno do juiz não como o ser ao qual cabe apenas pronunciar as palavras da lei. Evidente que com esse reconhecimento (bônus) veio junto a responsabilidade (ônus) dos magistrados, ou seja, não que essa responsabilidade por sua atividade nunca tivesse existido, mas é com a exaltação

---

<sup>379</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais...**, p. 405.

da importância do juiz, de sua independência, que a ele se dá, então, maior responsabilidade pelos seus atos, como bem ressalta o magistrado francês ANTOINE GARAPON<sup>380</sup>.

A responsabilidade dos juízes, de regra, é trabalhada sob dois aspectos: o ético-filosófico e o do juiz como agente estatal. O segundo aspecto é investigado pelos autores nas hipóteses de configuração de erro judiciário e de indenização do Estado por esse erro. Vários são os textos que abordam esse tema, sendo um dos mais conhecidos o de MAURO CAPPELLETTI, *Juízes Irresponsáveis?*<sup>381</sup>. O que interessa, no entanto, imediatamente, para o presente trabalho é apenas o primeiro aspecto.

FRANCESCO CARNELUTTI, em seu belo texto *Responsabilità e giudizio*, traduz com perfeição toda a idéia do que vem a ser a responsabilidade do juiz. Num primeiro momento, relembra a origem da responsabilidade, retomando o costume romano antigo de que o pai, na educação dos filhos, não se contentava com a descrição de seus propósitos, mas os fazia prometer que fariam ou deixariam de fazer determinada coisa. Essa promessa, segundo FRANCESCO CARNELUTTI, fazia com que os filhos se obrigassem perante o pai, devendo fazer o possível para cumpri-la<sup>382</sup>. E a noção de responsabilidade (de todos) que contemporaneamente se tem resulta daí; ressalta, todavia, que a obrigação não vem só da expressa promessa feita ao outro, mas também se trata de uma promessa interna, feita a si mesmo, de cujo cumprimento cuida a consciência de cada um.

---

<sup>380</sup> GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Trad. Maria Luiza de Carvalho Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 253: “O aumento de poder da justiça tem como consequência emprestar maior importância à personalidade dos juízes, as leis não sendo mais suficientes para garantir a segurança jurídica. Qualquer reflexão sobre a justiça deve ser precedida de uma avaliação da qualidade dos homens, quer dizer, de sua escolha e de seu controle. ‘Nenhum debate sobre a independência do juiz será muito útil’, escreve Jean-Denis Bredin, ‘se não incluir uma reflexão sobre a estatura intelectual e social do juiz [...]. Oferecida a um juiz incompetente, superficial, ou ainda a um juiz socialmente maltratado, a independência seria pouca coisa, e poderia não ser mais do que um meio para a arbitrariedade, uma arma da mediocridade, no máximo um desconforto’”.

<sup>381</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira Porto Alegre: SAFE, 1989.

<sup>382</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Responsabilità e giudizio...*, p. 01.

Faz notar o Professor italiano que a responsabilidade custa caro: respeitar-se e o outro (que só é possível se houver o respeito por si mesmo) é sempre um sacrifício para o homem. Este é constantemente tentado a se esquecer de tudo e a se entregar à plena desordem da vida. E a regra, atualmente, é que as pessoas se esqueçam disso tudo, pois lembrar exige reflexão, acomodação, momentos de recolhimento praticamente impossíveis na vida contemporânea agitada. Mas é preciso lembrar, e a responsabilidade é o que pode fazer lembrar, na medida em que é o elemento que liga o homem ao seu passado, à sua cruz. “O que se chama senso de responsabilidade é isto: saber que nada nos poderá separar daquilo que fizemos da vida”<sup>383</sup>.

Quanto aos juristas, estes, para o processualista italiano, entendem a responsabilidade como sujeição a outros homens, a si mesmo ou ainda à consciência. Mas o juiz, como qualquer outro homem, qualquer outro indivíduo, deve julgar um igual, em uma tarefa sobre-humana, da qual não se pode abster.

Na apreciação dos casos, o primeiro entrave já se encontra no primeiro momento da longa caminhada em direção ao julgamento final, qual seja, a descoberta, pelo magistrado, de como os fatos narrados no processo se deram no passado, o que é impossível até mesmo para aquele que dos fatos participou. Na sequência, ainda na tentativa de descobrir o que houve, o magistrado deve conhecer o indivíduo envolvido, vez que só poderá valorar sua ação se conhecer os seus valores como homem. Aqui há também um problema na medida em que para se julgar um homem há de se analisar o que fez durante toda sua vida e, não obstante, o juiz deve julgá-lo naquele momento do processo, sem ter qualquer noção de como conduziria sua vida dali para frente, muitas vezes alterando um futuro que naturalmente sobreviria<sup>384</sup>.

---

<sup>383</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Responsabilità e giudizio...*, p. 06: “*Ciò che si chiama il senso di responsabilità è questo: sapere che nulla si potrà staccare da noi di quello che abbiamo fatto della vita*”. (tradução da autora)

<sup>384</sup> Sobre isso, diz FRANCESCO CARNELUTTI: “*Per stabilire la responsabilità, bisogna trovare il valore dell’azione e per trovare il valore dell’azione occorre trovare il valore dell’uomo, ma il valore dell’uomo, fin che vive, non si trova*”. [“para estabelecer a responsabilidade é necessário encontrar o valor da ação, e para encontrar o valor da ação é

Neste sentido, então, o juiz julga como se soubesse como os fatos ocorreram, como se conhecesse o valor do agente e de sua ação, como se o indivíduo se enquadrasse em uma determinada regra jurídica<sup>385</sup>. Por isso o erro judiciário faz parte da fisiologia do processo e não da sua patologia. Parece evidente que o juiz, um ser humano, com todos os seus vícios e preconceitos, ao decidir um determinado caso, com todas as suas dificuldades, tem grandes chances de cometer equívocos, mas a responsabilidade deve fazer com que ele dê o melhor de si na sua atividade de magistrado.

Todos têm o melhor de si para dar, mas o juiz, como raras outras funções, tem em suas mãos o poder de vida e de morte, o que acaba por exigir dele que possua “um melhor do melhor de si”, o que só será possível encontrar em magistrados preparados efetivamente para exercer tal função.

Para isso, portanto, por mais um motivo se deve abandonar a figura tradicional do juiz neutro e imparcial. É preciso um juiz que se assuma como ator social e se conscientize de sua função e de suas limitações, para que só então possa dar o melhor de si. Esta versão do *jurista engenheiro*, na interessante expressão de PIETRO BARCELLONA, só faz revelar a existência de duas sociedades diversas: a sociedade de alguns grupos sociais aos quais interessa essa tradicional versão do direito e que, para isso, fazem da realidade social fórmulas vazias, “que servem unicamente para introduzir de um modo sorrateiro os valores subjetivos e os preconceitos do intérprete”, e outra que nasce da exigência de uma nova justiça para os excluídos da primeira<sup>386</sup>.

Assim, é preciso enxergar que a propagação dessa visão tradicional do papel do juiz faz parte de um bloco maior de representações que atendem aos interesses daqueles a quem interessa a manutenção das coisas como ainda estão

---

preciso encontrar o valor do homem, mas o valor do homem, durante sua vida, não se encontra” (tradução da autora)]. CARNELUTTI, Francesco. Responsabilità e giudizio..., p. 10.

<sup>385</sup> CARNELUTTI, Francesco. Responsabilità e giudizio..., p. 12: “*Il giudice giudica come se sapesse come sono andati i fatti, come se conoscesse il valore dell’agente e dell’azione, come se l’individuo fosse tutt’uno con il tipo*”. (tradução da autora)

<sup>386</sup> BARCELLONA, Pietro. La formación del jurista. In: BARCELLONA, HART, MÜCKENBERGER. **La formación del jurista: capitalismo monopolístico y cultura jurídica**. Trad. Carlos Lasarte. 3.ed. Barcelona: Civitas, 1988, p. 31-32.

em grande parte. Claro que esse isolamento da ciência jurídica também está vinculado aos interesses daqueles que estão no ápice do poder e almejam a manutenção do *status quo*, traduzindo-se a cisão do discurso jurídico como efeito imediato desses interesses:

“Em nome da autonomia da ‘ciência do direito’, assim construída e limitada, aferram-se os juristas àquilo que é ‘puramente’ jurídico. Às teimosas investidas de um mundo em vertiginosa mutação, às crises sociais sucessivas, ao clamor da vida que reclama nova configuração político-jurídica, inspirada pela ética da solidariedade em um universo cada vez mais interdependente, os juristas respondem com o refinamento de suas técnicas analítico-descritivas, encarando o drama humano com o óculo de um aparato conceitual que lhes garante um confortável afastamento do campo de luta”<sup>387</sup>.

PLAUTO FARACO DE AZEVEDO<sup>388</sup> alerta para o papel que o ensino jurídico desempenha no sentido do estabelecimento de uma visão real ou distorcida do Direito, o que, sem dúvidas, influencia sobre a atividade que vem a desempenhar o jurista profissional. Raras são as Faculdades que se preocupam com a formação propedêutica de seus alunos, que investem em disciplinas como a Sociologia, Filosofia, Ética, Hermenêutica, História e outras. De fato, diante da alta competitividade do mercado, muitas só se preocupam com o ensino técnico-jurídico, da dogmática estrita e acrítica, aquela que é cobrada em provas de concursos públicos, sem se preocupar com a formação mais completa de um jurista. É bem verdade que a responsabilidade à qual se fez alusão linhas acima não será adquirida no ensino superior. Ela pressupõe toda a formação do indivíduo desde o ventre materno, mas tal constatação não exime as Faculdades de procurar dar ao aluno uma formação melhor no direito, crítica e comprometida com a democracia.

Como bem ressalta JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO<sup>389</sup>, diante das constantes investidas neoliberais em todos os ramos da sociedade, do mercado e até do ensino, é imprescindível que, para delas se livrar, seja abandonada a forma acrítica de transmissão do conhecimento nas

<sup>387</sup> AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática...**, p. 21.

<sup>388</sup> AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática...**, p. 11-13.

<sup>389</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Neoliberalismo e direito: repercussões no ensino jurídico. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Porto Alegre: Síntese, v. 32, p. 58-59.

Faculdades de Direito. É preciso fazer desaparecer o abismo entre o que é ensinado nas salas de aula (quando o é) e a realidade dos tribunais e da vida, em última análise. E, na medida em que não há ainda nada melhor do que o Direito estatal, vê-se necessário aprender a trabalhar com ele de uma forma distinta, livre das amarras, dos mitos, dos conceitos vazios cuja manutenção só interessa a alguns, tal a segurança jurídica. Por isso, para ele, o caminho a ser tomado não é outro senão o da dogmática crítica, “capaz de proporcionar uma opção ideológica, a qual está na base de um direito democrático”<sup>390</sup>. E o professor universitário deve ter consciência de sua condição de formador de pensamentos e trabalhar o Direito, a cada ponto, desde uma perspectiva crítica, o que é, sabe-se, mais difícil do que se tudo fosse visto como pronto e acabado.

Demais disso, falho também é o sistema de seleção dos magistrados. Tem-se consciência que nenhum sistema é perfeito, equívocos e injustiças sempre ocorrerão, porém, de regra, os concursos da forma como estão sendo realizados acabam não por selecionar os mais preparados, mas aqueles que maior sucesso tiveram em sua árdua função de decorar as leis. São bacharéis recém-saídos das Faculdades, muitas vezes de classe abastada, que sequer têm conhecimento do valor de uma cesta básica, por exemplo. E alguns ainda, quando passam e tomam posse, vangloriam-se tanto de seu próprio sucesso que sequer se dão ao trabalho de atender os advogados e, muito menos, o povo; e se acham os únicos detentores das verdades.

Aliás, sobre isso, fala ENRICO ALTAVILLA, ao expor as características dos juízes subjetivos e egocêntricos:

“O subjectivismo é expressão de grande orgulho, ou de grande angústia mental; o egocentrismo é comum aos génios e aos imbecis, com a diferença de que os primeiros fazem convergir todo o mundo na sua própria personalidade, ao passo que os outros vêem um mundo homogêneo, feito à sua semelhança e, poderemos até dizer, à sua ‘imagem’. Os primeiros exageram na diferenciação, os segundos não conseguem descobrir uma dissemelhança. Entre estes dois extremos há uma classe intermédia, na qual é amplamente recrutada a magistratura: gente de inteligência medíocre, que viveu sempre num acanhado círculo de relações, que não conhece o mundo, nas suas multiformes atitudes, nem mesmo através de uma realística reprodução de arte. Ela

---

<sup>390</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Neoliberalismo e direito..., p. 60. No mesmo sentido: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz..., p. 48.

não consegue, por conseguinte, imaginar sentimentos e paixões diferentes dos seus e, quando os aflora com o pensamento, reage como contra uma anomalia que é preciso, com a violência da pena, reduzir à uniformidade acinzentada do mundo que conhece.”<sup>391</sup>

Na França, por exemplo, os indivíduos que almejam ser magistrados devem passar por um concurso público e, depois de aprovados, ficarão dois anos na Escola da Magistratura realizando atividades prática e teórica como auditores da justiça para só então, após aprovação do Conselho da Magistratura, serem nomeados pelo Presidente da República<sup>392</sup>. Assim também ocorre, por exemplo, na Coreia e no Japão<sup>393</sup>. Outros países, tal a Espanha, Portugal, Alemanha e Estados Unidos, além da seleção rigorosa, investem também em cursos periódicos de aperfeiçoamento para os juízes<sup>394</sup>. Embora não sejam sistemas perfeitos, revelam idéias interessantes e preocupadas não só com a boa formação dos magistrados mas também na manutenção dessa formação, de acordo com as demandas da sociedade.

No Brasil, até o ano passado, os concursos públicos, de regra, acabavam por selecionar profissionais preparados genericamente para quaisquer carreiras jurídicas e não especificamente para a magistratura. Em manifestação contrária a essa tradicional escolha dos magistrados, SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA dizia ser necessário inserir na seleção critérios mais consistentes: “priorizando-se os aspectos éticos e vocacionais, mesmo em detrimento do apuro técnico, sabido que uma pessoa destinada a julgar seu semelhante se automotivará ao estudo permanente, enquanto o intelectual aético nunca será um verdadeiro juiz”<sup>395</sup>.

Ainda que alguns concursos já exigissem certa experiência, a Emenda Constitucional n. 45/2004 tornou agora obrigatória a exigência de prática jurídica de três anos para aqueles que pretendem se tornar membros do Poder Judiciário

<sup>391</sup> ALTAVILLA, Enrico. **Psicologia judiciária...**p. 525.

<sup>392</sup> Como visto ao se tratar do sistema francês.

<sup>393</sup> TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A formação do juiz contemporâneo. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 22, n. 88, outubro-dezembro de 1997, p. 161-162.

<sup>394</sup> TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A formação do juiz contemporâneo..., p. 161-162.

ou do Ministério Público. Eis a nova redação dada ao inciso I, do art. 93, repetida, na essência, no art. 129, § 3º, que trata do Ministério Público: “Art. 93. (...) I – ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, **exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, 3 (três) anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação**”<sup>396</sup> (grifos não constam do original). Ainda se discute – embora sem sentido – se esses três anos de prática serão contados da colação de grau e também o próprio significado de “atividade jurídica” (lembrando que em sendo tal preceito restritivo, não comporta interpretação restritiva e, portanto, qualquer atividade jurídica, desde que comprovada, torna-se válida). De qualquer forma, o que se pretende é exigir daquele que almeja ser um magistrado ao menos um período comprovado de prática jurídica, o que, de certa maneira, já impede aos estudantes de direito e bacharéis de se dedicarem apenas ao estudo teórico, como ocorre em muitos casos, chegando ao extremo de juízes recém-aprovados se negarem a fazer audiências seja porque têm receio, seja porque nunca participaram de uma, esquecendo-se que todo o início é difícil, mesmo para aqueles que têm anos de prática forense.

Além disto, também se reformou o inciso II, alínea ‘c’, do art. 93, que trata das promoções dos magistrados, agora enunciado da seguinte forma: “Art. 93, II, c – aferição do merecimento conforme o desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento”<sup>397</sup> e o inciso IV, do mesmo artigo 93, que passou a contar com a seguinte redação: “Art. 93. (...) IV – previsão de cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados, constituindo etapa obrigatória do

<sup>395</sup> TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A formação do juiz contemporâneo..., p. 161.

<sup>396</sup> Redação antiga: Art. 93, I – ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, através de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação;



*processo de vitaliciamento a participação em curso oficial ou reconhecido por escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados*”<sup>397</sup>. Ao menos até antes da emenda, no entanto, as Escolas da Magistratura espalhadas pelo país desempenhavam um papel prévio à aprovação nos concursos e, como se trata de recentíssima alteração constitucional, ainda não se sabe como estas novas exigências virão a ser regulamentadas. Não obstante, a iniciativa já é válida, no sentido de se preocupar com uma mais completa formação e reciclagem do magistrado.

Em suma, falta ao magistrado estar mais bem preparado para enfrentar as difíceis questões da vida que será chamado a avaliar. Ele precisa ter uma maior consciência do mundo e de si mesmo para, se necessário, não aplicar a lei que entende injusta (pois com ela não tem qualquer compromisso), decidir contra o Estado, usar de seu poder de realizar o controle difuso de constitucionalidade das leis e atos normativos, proteger os mais desprotegidos, enfim, o juiz precisa ter coragem para “desobedecer”, mas “desobedecer” com responsabilidade, sempre.

É preciso, também, não se esquecer dos Tribunais. É bem verdade que tudo o que até aqui se disse aplica-se também a eles, ou melhor, aos seus membros, vez que são todos magistrados (ainda que tenham lá chegado pelo quinto constitucional ou terço constitucional, como ocorre no STJ). Ocorre que como são os órgãos hierarquicamente superiores aos juízes de primeiro grau, maior responsabilidade deles se exige. São eles que devem orientar os juízes de primeira instância na sua atividade diária de judicatura e assim podem agir porque formados por magistrados mais experientes na idade e na prática forense.

Entretanto, o que se nota é que não raras vezes todos os problemas acima invocados se encontram com maior intensidade nos Desembargadores e Ministros dos Tribunais, vale dizer, a sua proximidade com a política de uma

---

<sup>397</sup> Redação antiga: Art. 93, II, c – aferição do merecimento pelos critérios da presteza e segurança no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em cursos reconhecidos de aperfeiçoamento;

<sup>398</sup> Redação antiga: Art. 93, IV – previsão de cursos oficiais de preparação e aperfeiçoamento de magistrados como requisitos para ingresso e promoção na carreira;

maneira geral (interna, nas eleições de Presidente, ou externa, na seleção dos novos membros) acaba por corromper ainda mais a estrutura do Judiciário, num triste movimento contrário do que de tais órgãos se esperava. E, justamente devido a essas proximidades indesejáveis é que eles se tornam, muitos mais que os juízes, expressão maior da força dispendida pelo Judiciário na evidente intenção de manutenção de um *status quo* em benefício de poucos. Ora, enquanto formadores das consciências dos juízes mais novos, de primeiro grau, podem desde sempre conduzir, enveredar suas decisões para caminhos interessantes, valendo-se de um falho discurso de autoridade sobre os demais, inclusive científica (que o digam as vindouras súmulas vinculantes, muito mais “poderosas” do que os precedentes jurisprudenciais nos países do *common law*<sup>399</sup>). A posição dos tribunais, sem dúvidas, é outro elemento importante no convencimento do juiz<sup>400</sup>. Basta um pouco de senso crítico para desvelar as intenções que existem por trás da maior parte das decisões dos Tribunais, especialmente do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

Os juízes de primeira instância, em sua maioria, porque despreparados tecnicamente (sem embargo terem sido aprovados no concurso) e sem coragem, tendem, como já se disse outrora, a aceitar essa ideologia dominante, traduzindo-se em mero reprodutores dos discursos (questionáveis) dos tribunais: é muito mais cômodo viver de acordo com o que estabelece o senso comum teórico dos juristas, do qual fala de maneira inigualável LUIZ ALBERTO WARAT<sup>401</sup>. Esta é a única explicação para se compreender a inércia do poder Judiciário diante de tanto trabalho ainda por fazer.

<sup>399</sup> Sobre os precedentes nos países de *common law*, ver: RE, Edward D. “Stare decisis”. Trad. Ellen Gracie Northfleet **Ajuris – Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, a. XXI, n. 60, p. 94-106, março de 1994.

<sup>400</sup> “Nesta escolha, que tende a concretizar uma hipótese, influi não somente a personalidade do juiz, com as suas experiências, mas também a interpretação dada pela doutrina e pela jurisprudência, que, se por um lado favorece o processo lógico, por outro contém a insídia da confusão, numa inexistente uniformização de casos heterogêneos”. ALTAVILLA, Enrico. **Psicologia judiciária...**p. 505.

<sup>401</sup> **Introdução geral ao direito: interpretação da lei; temas para uma reformulação**. v. 1 Porto Alegre: SAFE, 1994; **Mitos e teorias na interpretação da lei**. Porto Alegre: Síntese, 1979; O sentido comum teórico dos juristas. **A crise do direito numa sociedade em mudança**. (org. José Eduardo Faria) Brasília: Editora UnB, p. 31-42.

Os juízes têm se esquecido (propositadamente ou não) de sua responsabilidade e, de conseqüência, de sua função de guardiões da democracia, sobretudo (e não das chaves do céu, como na Inquisição). Os movimentos de reação surgidos, como a Magistratura Democrática na Itália, o *Critical legal studies* nos Estados Unidos, o Direito Alternativo no Brasil<sup>402</sup>, nada mais reivindicam do que essa tomada de postura dos juízes que, cientes da imbricação da realidade jurídica na social, devem, democraticamente, realizar o seu papel transformador. Nas palavras de ANTOINE GARAPON, “não podendo pretender uma independência radical, o juiz pode, numa democracia, assumir apenas o status de *terceiro incluso*, sempre responsável por seus julgamentos perante a comunidade política”<sup>403</sup>.

Essa postura, no entanto, pressupõe uma postura ética do magistrado. A responsabilidade pressupõe a ética. Ética no sentido de agir com retidão e comprometido com uma estrutura democrática e igual de sociedade. Ética no sentido de entender e compreender suas limitações e viver num constante processo de tentativa de as superar, começando pela busca de uma condução democrática do processo, especialmente o penal, tão apegado às suas fontes autoritárias.

---

<sup>402</sup> Para uma boa síntese do tema ver: COELHO, Luiz Fernando. **Aulas de introdução ao estudo do direito**. Barueri: Manole, 2004, p. 363 a 388. Para um aprofundamento, ver: ROSSI, Nello (org.). **Giudici e democrazia: la magistratura progressista nel mutamento istituzionale**. Milano: FrancoAngeli, 1994 e PEPINO, Livio; ROSSI, Nello (org.). **Democrazia in crisi e senso della giurisdizione**. Milano: FrancoAngeli, 1993; ARNAUD, André-Jean. **Les juristes face à la société du XIXe siècle à nos jours**. Paris: PUF, 1975; BARCELLONA, Pietro; COTTURRI, Giuseppe. **El estado y los juristas**. Barcelona: Fontanella, 1976; ENTELMAN, Ricardo. **El discurso jurídico como discurso del poder. La ubicación de la función judicial. Intreño de análisis en el contexto teórico de la ‘teoría crítica del derecho’**. Comunicação ao *Primer Congreso Internacional de Filosofía del Derecho*. La Plata, 1982; CARCOVA, Carlos. **Materiales para una teoría crítica del derecho**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1991; LYRA FILHO, Roberto. **Por que estudar direito, hoje?** Brasília: Edições Nair, 1984; LLEDÓ, Juan A. Perez. **El movimiento “Critical legal studies”**. Madrid: Tecnos, 1996; LOPEZ CALERA, Nicolas María. **Sobre el uso alternativo del derecho**. Valencia: Presval, 1978; SOUZA JR., José Geraldo. **Para uma crítica da eficácia do direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984; SOUZA JR., José Geraldo de (org.). **O direito achado na rua**. Brasília: Editora da UNB, 1987, ROSA, Alexandre Moraes da. **Decisão no processo penal como bricolage de significantes**. Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade Federal do Paraná. Inédito; dentre outros.

<sup>403</sup> GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia...**, p. 244.

É evidente, porém, que não se está a meramente propor a substituição de um juiz ideal por outro, mas o que se espera fazer entender é a tamanha relevância que tem a boa formação de um magistrado, que atualmente não parece ser objeto de grandes preocupações, pois deixariam de ser um instrumento de reprodução dos interesses dominantes e passariam a causar certo incômodo.

**CONCLUSÃO:** *Homines sumus, non dei... Summi enim sunt, homines taemen*<sup>404</sup>

A proposta inicial do presente trabalho era a investigação sobre as possibilidades de se estabelecer uma forma de controle sobre a atividade judicial, distinta das que hoje existem, visando, sobretudo, a proteção das garantias constitucionais para o juiz e seus jurisdicionados (para a sociedade, afinal). Acreditava-se que haveria de existir alguma forma de controle e que, ainda que não se chegasse à sua delimitação exata, ao menos alguns contornos estariam traçados, por exemplo, pelas garantias constitucionais.

Ao contrário, porém – e no início isso soou como um grande descontentamento, rapidamente superado, felizmente – na medida em que se ia avançando no estudo do tema e dos elementos a ele relacionados, mais se viu impossível defender a proposta inicial. A hipótese provisória, assim, não se confirmou. Esclareça-se que não eram desconhecidos os elementos aqui trabalhados, especialmente no terceiro capítulo, mas se acreditava verdadeiramente que talvez houvesse uma saída.

A mudança de posição, destarte, só fez lembrar que embora se trate, em uma primeira visão, de uma discussão técnica sobre o sistema processual, mesmo ela termina no homem, no ser humano. Como disse com maestria PIERO CALAMANDREI, o estudo do direito processual é estéril se não é, ao mesmo tempo, o estudo do homem vivo<sup>405</sup>. De fato. Aliás, disso tudo se compreendeu

<sup>404</sup> “Somos homens, não deuses... São o máximo, mas são homens”(Petrônio e Quintiliano).

<sup>405</sup> CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuoco..., p. 51: “*Processo e giuoco, carte bollate e carte da giuoco... Bisogna, avvocati e giudici, far di tutto perché questo non sia: e perché veramente il processo serva alla giustizia. Ma non bisogna ignorare che ben altra è la realtà psicologica, così mesta anche quando par sorridente, che riempie di mutevole e torbida inquietudine umana le quadrate caselle del diritto processuale: lo studio del quale è sterile astrazione, se non è anche studio dell’uomo vivo*”. [“Processo e jogo, cartas marcadas e cartas do jogo... É preciso, advogados e juizes, fazer de tudo para que isso não ocorra e para que o processo sirva verdadeiramente à justiça. Não é preciso ignorar, porém, que outra é a realidade psicológica, embaralhada inclusive pelo trapaceiro, que completa com mutáveis e conturbadas inquietações humanas as casinhas quadradas do direito processual: cujo estudo é abstração estéril se não é também o estudo do homem vivo” (tradução da autora)].

que jamais o estudo da dogmática deve prescindir do homem, especialmente quando se trata do estudo de um dos sujeitos processuais.

A par desta confissão inicial, o que se procurou mostrar num primeiro momento foi de que forma alguns países realizam o controle sobre a atividade do magistrado. Controle esse jurisdicional, não administrativo ou político. Desse modo, procurou-se analisar três sistemas com especial relevância para o Brasil – França, Itália e Argentina –, para só então analisar o sistema nacional. Em verdade, dessa análise, não se pode dizer se há exatamente um sistema de controle, na medida em que em todos os quatro países visitados a “fiscalização” se dá precipuamente através do sistema recursal e dentro deste, por sua vez, a via mais utilizada é o de mera revisão do primeiro julgamento exarado. De qualquer maneira, há um controle diferenciado realizado através dos recursos chamados de estrito direito, por meio dos quais os tribunais competentes procuram uniformizar a interpretação do direito, em nome da falaciosa segurança jurídica.

E diante da natureza do reexame feito pelos tribunais, viu-se ainda mais relevante a atividade judicial de justificação das decisões tomadas, vez que é através dela, de sua falta ou de sua deficiência, que os órgãos hierarquicamente superiores poderão chegar a uma conclusão e, se necessário, reformar o *decisum* exarado. Nesta medida, imperiosa se fez uma análise da justificação das decisões, para que melhor se compreendesse essa atividade e, ao final, se chegasse a uma conclusão no sentido de ser esse discurso justificativo passível de ser, efetivamente, reexaminado pelos tribunais. O que se viu, todavia, é que embora haja a exigência constitucional da motivação, não raras vezes ela esconde as reais razões do convencimento do juiz, o que enfraquece, sobremaneira, a eficácia da garantia constitucional.

Eis então a conclusão sobre a existência de um controle parcial das motivações das decisões: parcial porque se revela apenas como um reexame da decisão exarada pelo juízo *a quo* e parcial porque não deixa de refletir a ideologia informadora dos órgãos revisores, na medida em que compostos por juízes que têm suas próprias précompreensões e, muitas vezes, ditam, consoante seus

interesses ou de outros, como deve funcionar o sistema jurídico, ainda que em posições evidentemente inconstitucionais. Parcial, assim, no mínimo em dois sentidos.

Sem embargo, a motivação das decisões segue sendo um dos pilares da democracia processual, juntamente com a ampla defesa e o contraditório: estes com relação às partes e àquele com relação ao juiz, vez que todos os sujeitos principais devem ser, juntos, garantidores do devido processo legal. Trata-se do *fair play* de PIERO CALAMANDREI, já em outros momentos invocado. O juiz é o garantidor-mor do devido processo legal e é só através de sua justificação – ainda não há maneira melhor – que o povo pode saber como funciona o mecanismo assecuratório, tal como defende JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA<sup>406</sup>.

A par disto, todavia, a justificação das decisões (e nem se diga as decisões), como se viu, é um processo muito complexo, especialmente agravado pela incidência direta dos três aspectos ainda há pouco analisados: o livre convencimento motivado, a inexistência de neutralidade judicial (a inafastável précompreensão, de HANS-GEORG GADAMER) e a má-formação dos magistrados. Assim, o estabelecimento de um controle rígido sobre as decisões exigiria, necessariamente, uma impossível simplificação desse processo e restaria, portanto, irreal e ilusório (tal como será o controle pretendido através das súmulas vinculantes), além de reduzir o juiz novamente à mera boca que pronuncia as palavras da lei ou, talvez, num extremo, podendo significar até mesmo o retorno à tarifa legal.

Definitivamente não é isso que se quer depois de tantos anos lutando pela independência dos juízes e pela democracia.

Sem embargo, parece que o sistema recursal deve ser mantido, ainda que imperfeito, na medida em que se destina à correção dos erros judiciários, realmente possíveis tendo em vista ser o juiz um ser humano. Não há problemas em haver erros judiciários, portanto. O problema está em fingir que eles não

---

<sup>406</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação..., p. 119.

existem ou pior, encobri-los. Para isso, então, eficaz se mostra a via recursal, o duplo grau de jurisdição, em última análise.

Assim sendo, não há como se estabelecer um controle sobre a avaliação da prova pelo juiz, não há como se estabelecer paradigmas racionais de controle da valoração da prova pelo juiz, sob pena, sem dúvidas, de se aniquilar a figura do julgador, retornando-se, conseqüentemente, ao sistema da prova tarifada, absolutamente incompatível com um processo penal mais justo e democrático. É fundamental recordar que a apreciação da prova diz com o momento da decisão e, sendo assim, não pode ser controlada por ninguém, nem mesmo pelo seu autor. O que se pode controlar, de certa maneira, como pretende o sistema recursal dos países, é a justificação dessa decisão, que deve ser elaborada em consonância com os valores e regras admitidos pelo sistema processual, e até certo ponto apenas, pois o discurso justificativo pode ser construído de tal maneira que consiga esconder seus verdadeiros fundamentos ou para atender aos interesses daqueles que pretendem a manutenção do *status quo*, como já se viu outrora.

Logo, a única idéia de controle sustentável a partir de um ponto de vista democrático, é aquela de Platão, exposta por ocasião da Introdução, de um controle que tem como objetivo proteger, conduzir bem, os “controlados” e não a de Juvenal, porquanto se figura impossível adentrar a mente dos magistrados e determinar os seus pensamentos e suas ações. Tal controle não passaria de retórica (aqui utilizada em seu mau sentido).

E esse controle só pode ser realizado por um magistrado responsável, comprometido, ciente de seu papel e de suas funções, ciente de seu poder de vida e de morte. Uma vez chamado a se pronunciar, deve o juiz fazê-lo, por conta da indeclinabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, Constituição da República) e deve fazê-lo com responsabilidade sempre, sem embargo de seus problemas pessoais ou do gigantesco acúmulo de serviços, pois o que para ele é mais um caso a resolver, para os envolvidos pode significar a luta de toda uma vida.

Neste sentido, faz-se necessário o resgate, o investimento, em um juiz virtuoso (não ideal, mas virtuoso) – daí a grande importância também da



preparação dos magistrados, razão pela qual talvez fosse necessário, em certa medida, reformular a docimasia ateniense<sup>407</sup>. Mas um juiz que saiba não ser um deus, mas apenas um homem, que saiba de sua grande “missão”, que não saiba apenas a técnica jurídica, que não se contente em ser um mero engenheiro jurídico (invocando PIETRO BARCELLONA), mas seja sobretudo um juiz ético, ideologicamente assumido e democraticamente condicionado, cuja vocação seja verdadeiramente destinada à árdua tarefa de decidir a vida dos demais. Um juiz que cuida de si para poder cuidar dos outros<sup>408</sup>; um juiz que se doa para ajudar os seus semelhantes na medida de suas possibilidades; um juiz ativo na construção de um mundo melhor.

Como já se disse, o que se quer é um juiz responsável e, especialmente em tempos de controle externo do Poder Judiciário, mais ainda é necessário

---

<sup>407</sup> Para uma breve noção, vale-se das explicações de CLAUDE MOSSÉ, em seu Dicionário da Civilização Grega: “A docimasia era o exame por que passava todo magistrado ateniense antes de assumir o cargo. Para a maior parte das magistraturas, esse exame transcorria diante do conselho ou do tribunal. Para os *bouletai* o exame era feito pela *boulé* cujo mandato expirava. Assim a cidade queria assegurar-se de que os magistrados designados não estivessem atingidos por indignidade. Não se tratava de controlar suas capacidades, mas sobretudo de verificar se realmente eram cidadãos, e fazer o que poderia ser chamado um exame de moralidade. Aristóteles, na *Constituição de Atenas*, dá indicações precisas acerca do exame a que eram submetidos os arcontes: ‘No exame, pergunta-se inicialmente: ‘Quem é teu pai, e de qual demo? Quem é o pai de teu pai? Quem é tua mãe? Quem é o pai de tua mãe, e de qual demo?’ É depois perguntado se participa de um culto de Apolo *Patroos* e de Zeus *Herceios*, e onde ficam estes santuários; em seguida se possui um jazigo de família e onde este se situa; em seguida se se comporta bem em relação a seus parentes; se paga suas contribuições; se fez campanhas militares. Após ter feito essas perguntas, o presidente prossegue: ‘Traz tuas testemunhas de apoio’. Depois de trazidas as testemunhas, o presidente pergunta: ‘Há alguém aqui que queira acusar este homem?’ Se um acusador apresentar-se, o presidente cede a palavra ao acusador e à defesa, procedendo depois a uma votação, feita por mãos erguidas no conselho, e ao escrutínio do tribunal. Se acusador nenhum se apresenta, passa-se imediatamente à votação’ (*Constituição de Atenas*, LV, 3-4) Dessa maneira a cidade corrigia o que o sorteio dentre os cidadãos podia ter de incerto. Não resta dúvida de que a docimasia, embora possa ter sido oportunidade de acertos de contas, contribuiu para o bom funcionamento da democracia durante cerca de dois séculos”. MOSSÉ, Claude. **Dicionário da civilização grega**. Trad. Carlos Ramallete com a colaboração de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004, p. 99.

<sup>408</sup> Virtude essa, aliás, que deveria acompanhar todos os juristas, não só os juízes, como ressalta com propriedade GUILHERME ROMAN BORGES: “Nesse sentido, pode-se afirmar que o jurista da atualidade, assim como próprio intelectual, deve ser alguém que “cuide de si”, que exerça um bom uso de seus prazeres, de sua temperança, que tenha um domínio de si, para que, tal o pai em relação aos filhos, tenha uma condução correta de vida. O jurista deve então cuidar de si, para que nessa medida cuide do outros, e, ao invés de modelar condutas políticas e científicas, delas participe na sua construção, garantindo o exercício da liberdade, e fazendo de sua filosofia uma ética, ou melhor, um *ethos*”. Michel Foucault, **jusfilósofo**. Inédito.

provar a responsabilidade dos magistrados. O que se espera é, repita-se, um juiz bem preparado, virtuoso e que, por tal condição, não precisa ser controlado como deveriam ser controladas as mulheres de Juvenal, sob pena de se anular a figura do magistrado. O que se quer é um juiz guardião das garantias fundamentais e que pratique automaticamente a democracia em todos os seus atos<sup>409</sup>. O que se quer é um juiz que não se veja melhor do que os outros, senão como um terceiro que veio ajudar e que, diante de garantida responsabilidade sobre seus atos, dispensa um controle normalizador.

Para terminar, as palavras de FRANCESCO CARNELUTTI:

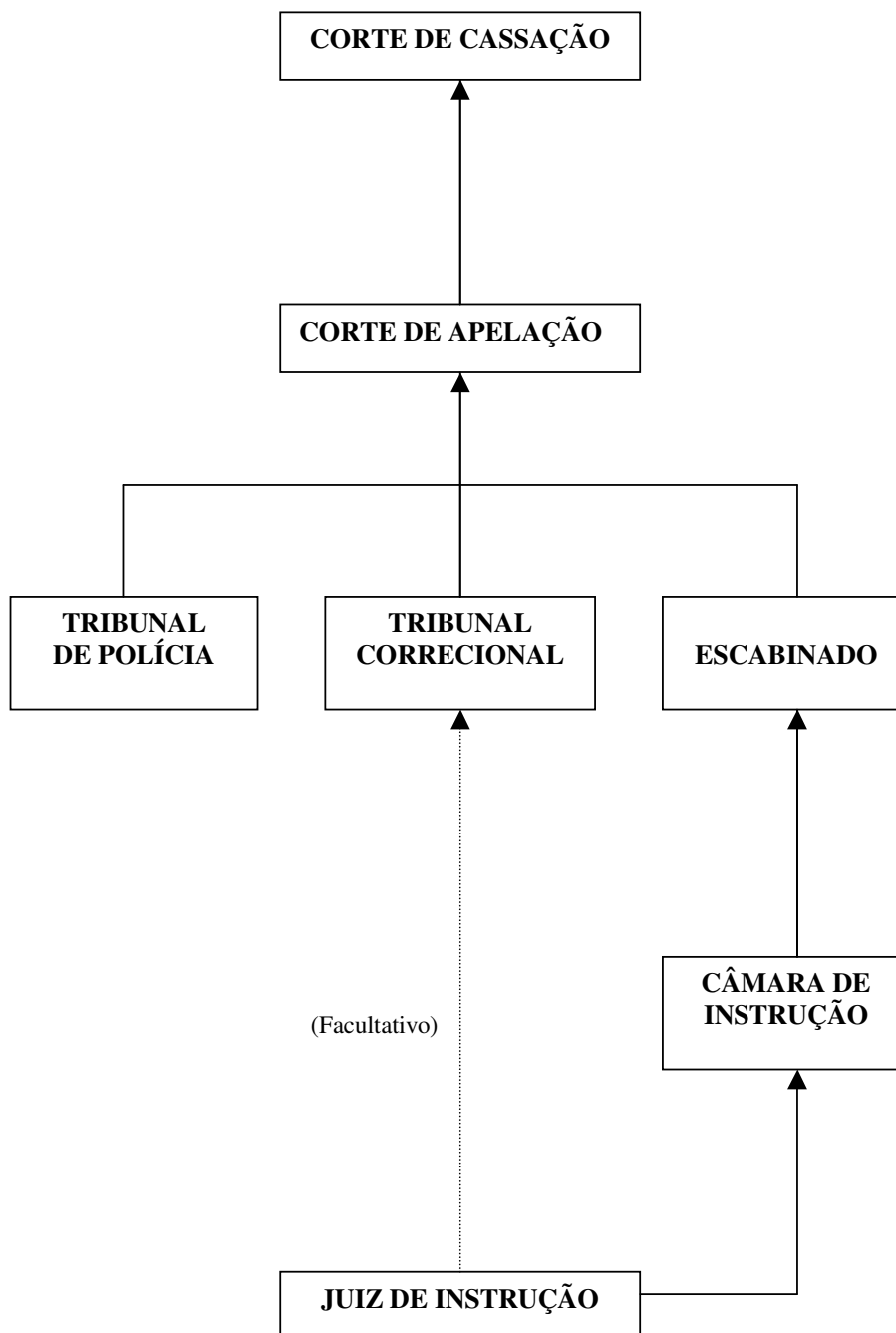
“A responsabilidade e o juízo são feitos para isso, para procurar dar ao homem aquilo que o falta, para o ajudar, para o completar. (...) Os conceitos de responsabilidade e juízo estão estreitamente ligados ao de autoridade. O que vai ser julgado está sujeito à autoridade do juiz. *Auctoritas* deriva de *auctor* e *auctor* de *augere*, que significa acrescentar. A *auctoritas* responde à *necessitas*, na maravilhosa música da língua latina. A *necessitas*, que é insuficiência, deficiência, falta, tem necessidade de ser acrescida. É claro? O juiz, ao final, é aquele que ajuda a ser quem ainda não é; (...) por isso o seu poder é uma *auctoritas*”<sup>410</sup>.

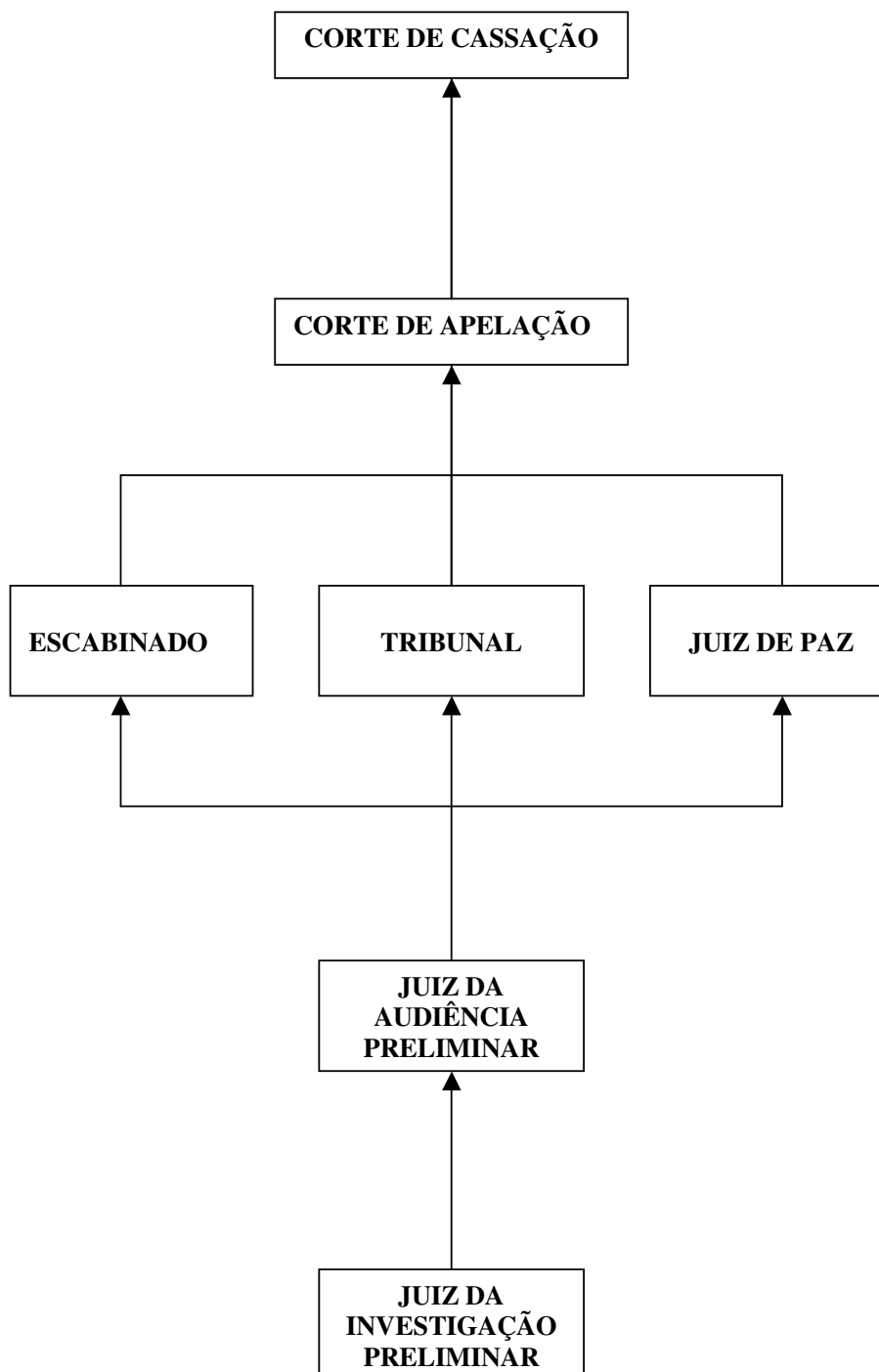
---

<sup>409</sup> Pois como bem ressalta PIERO CALAMANDREI, “A verdade, que é o segredo da salvação dos regimes democráticos, é outra: para viver uma democracia não basta a razão codificada nas normas de uma constituição democrática, mas é necessário, por trás, a vigília e a constante presença do costume democrático que queira e a saiba traduzir, dia após dia, em razão concreta a realidade razoável”. CALAMANDREI, Piero. **Processo e democrazia...**, p. 41: “*La verità, che è poi il segreto per la salvezza dei regimi democratici, è un'altra: che per vivere una democrazia non basta la ragione codificata nelle norme di una costituzione democratica, ma occorre dietro di esse la vigile e operosa presenza del costume democratico che voglia e sappia tradurla, giorno per giorno, in concreta ragionata e ragionevole realtà*”. (tradução da autora)

<sup>410</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Responsabilità e giudizio...*, p. 13: “*...la responsabilità e il giudizio sono fatti per questo, per cercar di dare all'uomo quello che gli manca, per aiutarlo, per completarlo. (...) I concetti di responsabilità e di giudizio sono strettamente legati a quello di autorità. Il giudicabile è soggetto all'autorità del giudice. Auctoritas deriva da auctor e auctor da augere, che vuol dire accrescere. La auctoritas risponde alla necessitas, che è insufficienza, deficienza, mancamento, ha bisogno di accrescimento. È chiaro? Il giudice, al fondo, è uno che aiuta ad essere chi ancora non è; (...) per questo il suo poter è una auctoritas*”. (tradução da autora)

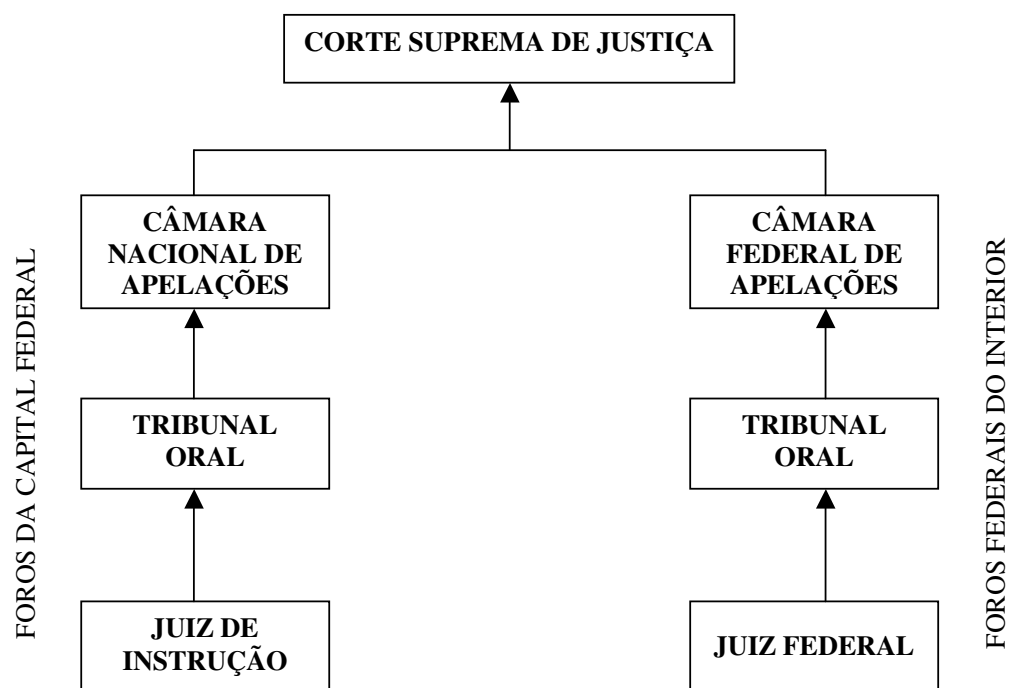
**ANEXO N. 01**  
**FRANÇA – JURISDIÇÃO PENAL**



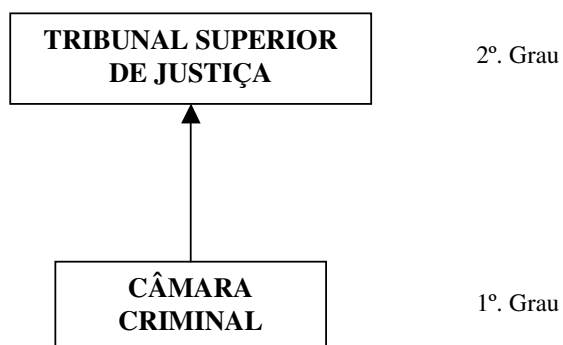
**ANEXO N. 02****ITÁLIA – JURISDIÇÃO PENAL**

## ANEXO N. 03

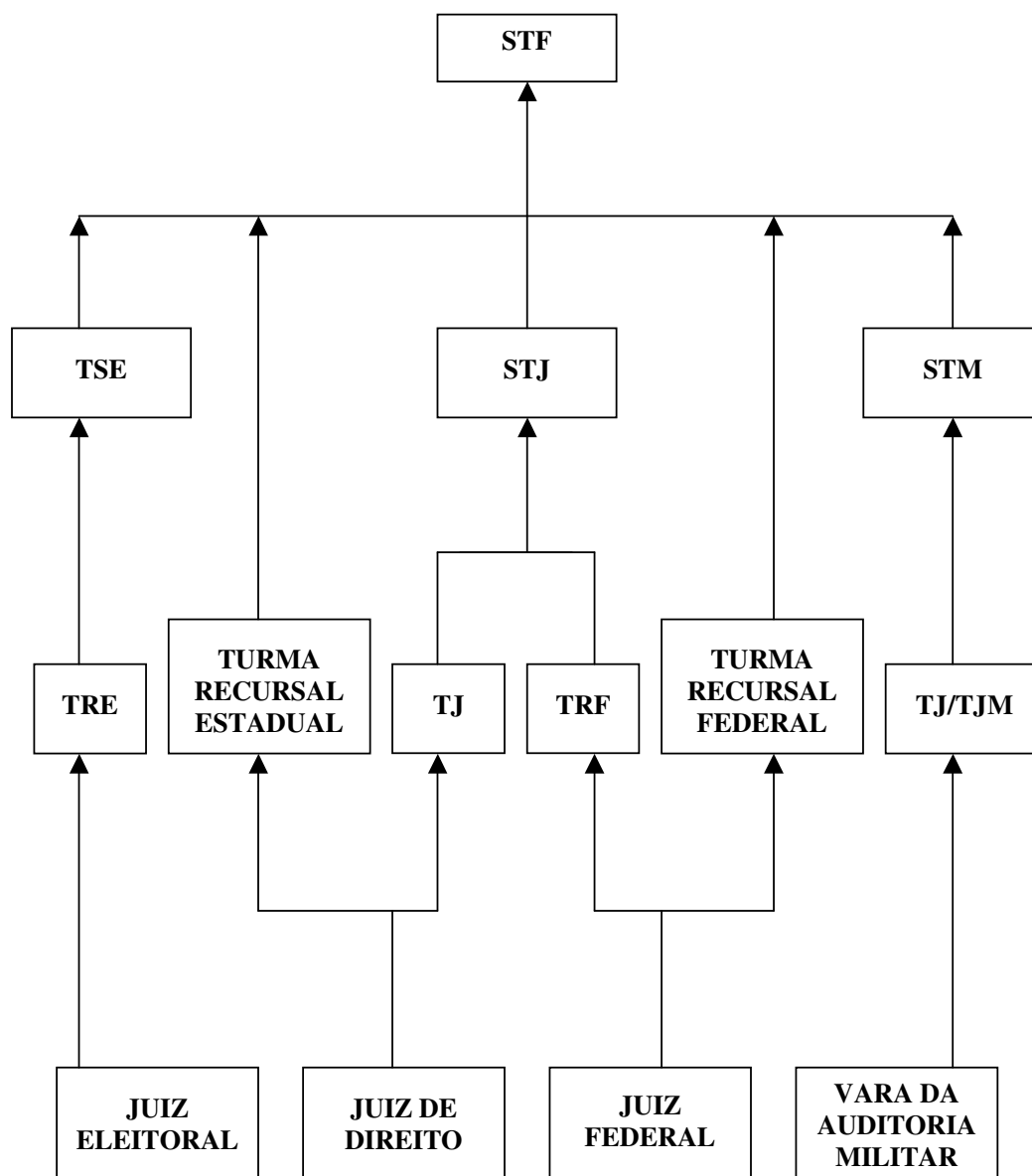
## ARGENTINA – JURISDIÇÃO PENAL

JUSTIÇA FEDERALJUSTIÇA PROVINCIAL

(EX. CÓRDOBA)



**ANEXO N. 04**  
**BRASIL – JURISDIÇÃO PENAL**



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADEODATO, João Maurício. O silogismo retórico (entimema) na argumentação judicial. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**. Recife, n. 9, 1998.
- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.
- ALTAVILLA, Enrico. **Psicologia judiciária: personagens do processo penal**. v. II. 3.ed. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Arménio Amado, 1982.
- ARNAUD, André-Jean. **Les juristes face à la société du XIXe siècle à nos jours**. Paris: PUF, 1975.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito: introdução e teoria geral – uma perspectiva luso-brasileira**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. 4 reimpressão. Porto Alegre: SAFE, 1989.
- \_\_\_\_\_. **Justiça distributiva e aplicação do direito**. Porto Alegre: SAFE, 1983.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. **Curso de Processo Civil**. v. I. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Uberaba: Forense, v. 16, p. 111-125, outubro-dezembro 1978.
- BARCELLONA, Pietro; COTTURRI, Giuseppe. **El estado y los juristas**. Barcelona: Fontanella, 1976.
- BARCELLONA, Pietro. La formación del jurista. In: BARCELLONA, HART, MÜCKENBERGER. **La formación del jurista: capitalismo monopolístico y cultura jurídica**. Trad. Carlos Lasarte. 3.ed. Barcelona: Civitas, 1988, p. 18-56.
- BELLAVISTA, Girolamo; TRANCHINA, Giovanni. **Lezioni di diritto processuale penale**. 7.ed. Milano: Giuffrè, 1982.

- BOBBIO, Norberto. **Teoria generale del diritto**. Torino: G. Giappichelli, 1993.
- BORGES, Guilherme Roman. **Michel Foucault, jusfilósofo**. Inédito.
- BREDA, Antonio Acir. Efeitos da declaração de nulidade no processo penal. **Ajuris – Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, a. 8, n. 21, p. 48-67, março de 1981.
- BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos da sentença penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuoco. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, v. V, p. 23-51, 1950.
- \_\_\_\_\_. **Processo e democrazia**. Padova: Cedam, 1954.
- CANIVET, Guy. **La procédure d'admission des pourvois en cassation**. Disponível em: [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr), em 20 de fevereiro de 2005, às 8 h.
- CAPOGRASSI, Giuseppe. Giudizio processo scienza verità. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, v. V, p. 1-22, 1950.
- CARCOVA, Carlos. **Materiales para una teoria crítica del derecho**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1991.
- CARNELUTTI, Francesco. Crisi della giustizia penale. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, a. XIII, n. 3, p. 333-363, luglio-settembre 1958.
- \_\_\_\_\_. **Principi del processo penale**. Napoli, Morano, 1960.
- \_\_\_\_\_. Responsabilità e giudizio. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, a. XIII, n. 1, p. 1-26, gennaio-marzo 1958.
- \_\_\_\_\_. Verità, dubbio, certezza. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, v. XX, p. 4-9, 1965.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. As reformas pontuais do Código de Processo Penal. In: CHOUKR, Fauzi Hassan. (Org.) **Estudos do processo penal: o mundo à revelia**. Campinas: Agá Júris, 2000, p. 99-118.
- CLARÍA OLMEDO, Jorge A. **Derecho procesal penal**. Tomo I (actualizado por Jorge E. Vázquez Rossi) Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Derecho procesal penal**. Tomo II (actualizado por Carlos Alberto Chiara Díaz) Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.



\_\_\_\_\_. **Derecho procesal penal.** Tomo III (actualizado por Jorge Raúl Montero) Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.

COELHO, Luiz Fernando. **Aulas de introdução ao direito.** Barueri: Manole, 2004.

\_\_\_\_\_. **Lógica jurídica e interpretação das leis.** Rio de Janeiro: Forense, 1981.

CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale.** Torino: Utet, 1986.

\_\_\_\_\_. **Procedimiento Penal.** Trad. Jorge Guerrero. Sante Fé de Bogotá: Temis, 2000, 2T.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal.** Curitiba: Juruá, 1989.

\_\_\_\_\_. A natureza cautelar da decisão de arquivamento do inquérito policial. **Revista de Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 18, n. 70, p. 49-58, abril/junho 1993.

\_\_\_\_\_. Dogmática crítica e limites lingüísticos da lei. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica.** Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. 1, n. 3, p. 37-44, 2005.

\_\_\_\_\_. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito.** Curitiba: Ed. da UFPR, a. 30, n. 30, p. 163-198, 1998.

\_\_\_\_\_. Manifesto contra os juizados especiais criminais (uma leitura de certa ‘efetivação’ constitucional). In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (Org.). **Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 03-14.

\_\_\_\_\_. Neoliberalismo e direito: repercussões no ensino jurídico. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR.** Porto Alegre: Síntese, v. 32, p. 55-60.

\_\_\_\_\_. O devido processo legal (penal) e o poder judiciário. In: AVELÃS NUNES, Antônio José; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 291-300.

\_\_\_\_\_. O papel do novo juiz no processo penal. **Crítica à teoria geral do direito processual penal.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 03-55.

\_\_\_\_\_. Segurança pública e o direito das vítimas. *In*: RÚBIO, David Sánchez; HERRERA FLORES, Joaquín; CARVALHO, Salo de. (Org.) **Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p. 475-487.

DELLA MONICA, Giuseppe. **Contributo allo studio della motivazione**. Padova: Cedam, 2002.

DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). **Processos penais da europa**. Trad. Fauzi Hassan Choukr e Ana Cláudia Ferigado Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. v. 1. Coimbra: Coimbra, 1981.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DOSI, ETTORE. **Sul principio del libero convincimento del giudice nel processo penale**. Milano: Giuffrè, 1957.

ENTELMAN, Ricardo. **El discurso jurídico como discurso del poder. La ubicación de la función judicial. Intreño de análisis en el contexto teórico de la 'teoría crítica del derecho'**. Comunicação ao *Primer Congreso Internacional de Filosofía del Derecho*. La Plata, 1982.

FAYET, Ney. **A sentença criminal e suas nulidades**. 5.ed. Rio de Janeiro: Aide, 1987.

FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001.

FLORIAN, Eugenio. **De las pruebas penales**. Trad. Jorge Guerrero. Tomo I. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1998.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Trad. Raquel Ramalhete. 11.ed. Petrópolis: Vozes, 1994.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad. Flávio Paulo Meurer. 2.ed. Petrópolis: Vozes, 1998.

GARRAUD, René. **Compêndio de direito criminal**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003, 2T.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

\_\_\_\_\_; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. **Recursos no processo penal**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

IACOVIELLO, Francesco M. **La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione**. Milano: Giuffrè, 1997.

JUVÉNAL. **Satires**. (texte établi par Pierre de Labriolle et François Villeneuve emendé, presente et traduit par Olivier Sers – bilingüe) Paris: Les Belles Lettres, 2002.

KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, a. 97, v. 353, p. 15-52, janeiro-fevereiro de 2001.

LIEBMAN, Enrico Tulio. Do arbítrio à razão – reflexões sobre a motivação da sentença. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. VIII, n. 29, p. 79-81, janeiro-março de 1983.

LINS E SILVA, Evandro. **Crime de hermenêutica e súmula vinculante**. Disponível em: [www.campus.fortunecity.com](http://www.campus.fortunecity.com), em 05/01/05, às 8h30min.

LLEDÓ, Juan A. Perez. **El movimiento “Critical legal studies”**. Madrid: Tecnos, 1996.

- LOPEZ CALERA, Nicolas María. **Sobre el uso alternativo del derecho**. Valencia: Presval, 1978.
- LYRA FILHO, Roberto. **Por que estudar direito, hoje?** Brasília: Edições Nair, 1984.
- MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Trad. Paolo Capitanio. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2001.
- MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1961.
- MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MENNA, Mariano. **La motivazione del giudizio penale**. Napoli: Jovene, 2000.
- MERLE, Roger; VITU, André. **Traité de droit criminel – procédure pénale**. 4<sup>ème</sup> ed. Tome II. Paris: Cujas, s.d.
- MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. 2.ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1989.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal interpretado**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- MITTERMAIER, C. J. A. **Tratado da prova em matéria criminal**. Trad. Herbert Wüntzel Heinrich. 3.ed. Campinas: Bookseller, 1996.
- MOSSÉ, Claude. **Dicionário da civilização grega**. Trad. Carlos Ramalheite com a colaboração de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.
- NAPPI, Aniello. **Guida al nuovo codice di procedura penale**. Seconda edizione. Milano: Giuffrè, 1991.
- PASTOR, Daniel R. **La nueva imagen de la casación penal**. Buenos Aires: Ad Hoc, 2001.
- PEPINO, Livio; ROSSI, Nello (Org.). **Democrazia in crisi e senso della giurisdizione**. Milano: FrancoAngeli, 1993.
- PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. La motivation des décisions de justice – Essai de synthèse. *In* PERELMAN, Chaïm; FORIERS, Paul (Org). **La motivation des décisions de justice**. Bruxelles: Bruylant, 1978, p. 415-426.

\_\_\_\_\_. Le raisonnable et le déraisonnable en droit. **Archives de philosophie du droit: formes de rationalité en droit**. Paris: Sirey, tome 23, p. 35-42, 1978.

\_\_\_\_\_. **Retóricas**. Trad. Maria Ermantina Galvão E. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. **La nouvelle rhétorique: traité de l'argumentation**. Paris: Presses Universitaires de France, 1958, 2 v.

PERO, Maria Thereza Gonçalves. **A motivação da sentença civil**. São Paulo: Saraiva, 2001.

PISANI, M.; MOLARI, A.; PERCHINUNNO, V.; CORSO, P. **Manuale di procedura penale**. 5.ed. Bologna: Monduzzi, 2002.

PLATON. **Oeuvres Completes**. Tome VI. La Republique, Livres I-III. Trad. Emile Chambry. Paris: Les Belles Lettres, 1947.

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

RE, Edward D. “Stare decisis”. Trad. Ellen Gracie Northfleet **Ajuris – Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, a. XXI, n. 60, p. 94-106, março de 1994.

RIGHI, Ivan Ordine. Os poderes do juiz. **Jurisprudência brasileira**. Curitiba: Juruá, n. 169, p. 41-50, 1993.

ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão no processo penal como bricolage de significantes**. Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade Federal do Paraná. Inédito.

ROSSI, Jorge E. Vázquez. **Derecho procesal penal**. Tomo II: El proceso penal. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004.

ROSSI, Nello (Org.). **Giudici e democrazia: la magistratura progressista nel mutamento istituzionale**. Milano: FrancoAngeli, 1994.

SALAVERRIA, Juan Igartua. **Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal**. Valencia: Tirant lo blanch, 1995.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. São Paulo: Cortez, 2000.

\_\_\_\_\_. **O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica**. Porto Alegre: SAFE, 1988.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. v. II. São Paulo: Saraiva, 1985.

SOUZA JR., José Geraldo de (Org.). **O direito achado na rua**. Brasília: Editora da UNB, 1987.

\_\_\_\_\_. **Para uma crítica da eficácia do direito**. Porto Alegre: SAFE, 1984.

STEFANI, Gaston; LEVASSEUR, Georges; BOULOC, Bernard. **Procédure pénale**. 14<sup>ème</sup> éd. Paris: Dalloz, 1990.

SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TARUFFO, Michele. **Cinco lecciones mexicanas: memoria del Taller de Derecho Procesal**. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Escuela Judicial Electoral, 2003.

\_\_\_\_\_. La motivazione della sentenza. **Genesis – Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba: Gênesis, n. 31, p. 177-185, janeiro/março 2004.

\_\_\_\_\_. L'obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e illuminismo. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, v. XXIX, p. 265-295, 1974.

\_\_\_\_\_. **Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz**. Aula inaugural proferida na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná aos 05 de março de 2001. (trad. Cândido Rangel Dinamarco) Curitiba: Edição do IBEJ, 2001.

\_\_\_\_\_. **Sui confini: scritti sulla giustizia civile**. Bologna: Il Mulino, 2002.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A formação do juiz contemporâneo. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 22, n. 88, p. 157-164, outubro-dezembro de 1997.

TOSI, Renzo. **Dicionário de sentenças latinas e gregas**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

TORNAGHI, Helio. **Instituições de Processo Penal**. v. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 25.ed. v 3. São Paulo: Saraiva, 2003.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993.

TUNC, André. La cour de cassation en crise. **Archives de philosophie du droit: la jurisprudence**. Paris: Sirey, tome 30, p. 157-169, 1985.

UBERTIS, Giulio. **Fatto e valore nel sistema probatorio penale**. Milano: Giuffrè, 1979.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória – recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito: interpretação da lei; temas para uma reformulação**. v. 1 Porto Alegre: SAFE, 1994.

\_\_\_\_\_. **Mitos e teorias na interpretação da lei**. Porto Alegre: Síntese, 1979.

\_\_\_\_\_. O sentido comum teórico dos juristas. **A crise do direito numa sociedade em mudança**. (org. José Eduardo Faria) Brasília: Editora UnB, p. 31-42.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2000.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SKLOAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro – I.** Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZENATI, Frédéric. **La nature de la cour de cassation.** Disponível em: [www.courdecassation.fr/manifestations/manifestations.htm](http://www.courdecassation.fr/manifestations/manifestations.htm), 20/02/2005, às 8h20min.



## ÍNDICE

|                                                                                                                                                                                                        |      |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| Sumário.....                                                                                                                                                                                           | v    |
| Resumo.....                                                                                                                                                                                            | vi   |
| Résumé.....                                                                                                                                                                                            | vii  |
| Riassunto.....                                                                                                                                                                                         | viii |
| Introdução – <i>Quis custodiat ipsos custodes?</i> .....                                                                                                                                               | 01   |
| Parte I – O controle jurisdicional das decisões judiciais.....                                                                                                                                         | 07   |
| 1.1. Considerações iniciais.....                                                                                                                                                                       | 07   |
| 1.2. Os sistemas de controle vigentes em alguns países do <i>civil law</i> .....                                                                                                                       | 10   |
| 1.2.1. França.....                                                                                                                                                                                     | 10   |
| 1.2.2. Itália.....                                                                                                                                                                                     | 23   |
| 1.2.3. Argentina.....                                                                                                                                                                                  | 33   |
| 1.3. A realidade brasileira.....                                                                                                                                                                       | 48   |
| 1.4. Observações finais sobre os sistemas analisados e a importância da<br>motivação das decisões como condição de procedibilidade do sistema de<br>controle da atividade jurisdicional existente..... | 65   |
| Parte II – A motivação das decisões.....                                                                                                                                                               | 68   |
| 2.1. A evolução do dever de motivar.....                                                                                                                                                               | 68   |
| 2.2. A estrutura da motivação.....                                                                                                                                                                     | 75   |
| 2.2.1. A estrutura genérica.....                                                                                                                                                                       | 75   |
| 2.2.2. A motivação sobre o direito e sobre os fatos e sua crise.....                                                                                                                                   | 85   |
| 2.2.3. Os vícios da motivação.....                                                                                                                                                                     | 101  |
| 2.3. As finalidades da motivação das decisões e a finalidade do processo<br>penal.....                                                                                                                 | 109  |
| 2.3.1. A motivação das decisões como garantia política.....                                                                                                                                            | 109  |
| 2.3.2. A motivação das decisões como garantia processual.....                                                                                                                                          | 115  |
| 2.3.3. A finalidade do processo penal.....                                                                                                                                                             | 121  |
| Parte III – Alguns aspectos sobre a parcialidade do controle jurisdicional da<br>motivação das decisões.....                                                                                           | 128  |

|                                                                                                  |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 3.1. Os limites estabelecidos pelo livre convencimento motivado.....                             | 128 |
| 3.2. Os limites estabelecidos pela neutralidade judicial.....                                    | 143 |
| 3.3. Os limites estabelecidos pela formação dos magistrados e pela postura<br>dos Tribunais..... | 152 |
| Conclusão.....                                                                                   | 164 |
| Anexo n. 01.....                                                                                 | 170 |
| Anexo n. 02.....                                                                                 | 171 |
| Anexo n. 03.....                                                                                 | 172 |
| Anexo n. 04.....                                                                                 | 173 |
| Referências Bibliográficas.....                                                                  | 174 |
| Índice.....                                                                                      | 184 |

